Črim. 128.

Henke

<36614158240011
<36614158240011
Bayer. Staatsbibliothek

Jurispr.
Jus Commun.

Criminalistische

Versuche

von

Eduard Henke,

der Rechte Doktor und Privatdocent auf der Universität
zu Erlangen.

Erstes Bändchen.

Berlin, 1807.
Bei Friedrich Braunes.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Dem

Herrn D. Christoph Martin,

Großherzogl. Badenschen Justizrath und ordentlichen öffentlichen Lehrer der Rechte auf der Universität zu Heidelberg,

seinem ehemaligen Lehrer,

widmet

diese Versuche

mit

inniger Hochachtung und Verehrung

der Verfasser.

Vorerinnerung.

Die Zeit scheint endlich gekommen zu seyn, wo mehrere deutsche Staaten sich das so lang' ersehnte Geschenk einer neuen Strafgesetzgebung versprechen dürfen, auch für die Nachwelt eine Wohlthat, und ein bleibendes Denkmal der vielfachen Untersuchungen im Gebiet der Kriminalrechtsphilosophie, welche die trefflichsten und würdigsten unter den Philosophen und Rechtsgelehrten unsres Va=

terlandes ein Paar Decennien hindurch fortdauernd beschäftigt haben. Denn die Verhandlungeu über den Rechtsgrund und den Zweck aller Strafen dürfen, scheint es, nunmehr als beschlossen angesehen werden. In dem Conflict widerstreitender Meinungen, welche oft von allen Seiten mit einem gleich großen Aufwand von Scharfsinn und mit gleicher Consequenz entwickelt und vertheidigt wurden, hat sich die Theorie, welche von dem Gesetze, als dem Princip, wie aller Rechtsgiltigkeit, so auch der der Strafe ausgeht, nur um so herrlicher bewährt, nnd allmälig durch ihre innere Wahrheit, durch ihre durchgängige Uebereinstimmung mit den Aussprüchen der Philosophie, und durch ihre strenge Consequenz sich die Huldigungen unsrer ersten Rechtsgelehrten ersiegt und erzwungen. — Und ein neuer dauernder Triumph steht ihr bevor. „Sie macht — sagt einer ihrer scharfsinnigsten Anhänger und Vertheidiger — die Einführung einer philosophischen Eesetzgebung zu einem drin-

genden Bedürfnisse der Menschheit. Sie wird die Grundlage derselben werden müssen, und dann wird sie sich selbst durch ihre psychologische Wahrheit verherrlichen." —

Vieles also, und das Nothwendigste und Wichtigste ist geschehen, was vollendet seyn mußte, ehe wir eine neue peinliche Gesetzgebung hoffen, ja nur wünschen durften. — Aber Vieles bleibt auch noch zu thun übrig, und Jeder, der sich dem Studium einer Wissenschaft widmete, die mit den wichtigsten Angelegenheiten des Menschen, in Beziehung auf seine politische und bürgerliche Existenz, in so inniger Verbindung steht, sollte sich beeifern, Materialien zu liefern zu dem großen Bau, dessen Vollendung wir mit ungeduldiger Erwartung entgegen sehen. Jeder nach dem Maße seiner Kräfte, Jeder, mit Hintansetzung individueller Rücksichten, nur die heilige Sache der Menschheit beherzigend. —

Auch der Verfasser dieser kleinen Abhandlungen, so unbedeutend sie auch in Beziehung zu dem großen Ganzen erscheinen mögen, hat sich dabei jenen Zweck vorgesetzt. Aus welchem Gesichtspunkt er aber diese Arbeiten beurtheilt sehen mögte, und wofür sie ihm selbst gelten, deutete er schon durch den Titel an, nur als Versuche, die ein aufrichtiges und redliches Bemühen, und seine Liebe für eine Wissenschaft beurkunden sollten, deren Studium er sein Leben gewidmet hat. —

Immer schienen ihm die darin angeregten Gegenstände einer neuen Untersuchung werth zu seyn, und es müsse, glaubt er, auch wenn es ihm nicht gelungen sey, Wahrheit zu finden, ein, wenn auch noch so kleiner Gewinn für die Wissenschaft des Rechts und der Gesetzgebung daraus hervorgehen, um dessen willen er sich gern jedem Tadel unterziehen will, wenn man sich die Mühe geben sollte, ihn zu widerlegen und seine Ansichten zu berichtigen. —

Auch darüber möge alsdann die Stimme kompetenter Richter entscheiden, ob er überall Beruf habe zu solchen Arbeiten. — Absichtlich hat er die Zahl der Versuche, die er hiemit dem Publikum übergibt, beschränkt, um sich keiner Indiskretion gegen dasselbe schuldig zu machen. —

Auch ohne daß er es sagt, wird man es übrigens leicht erkennen, welchen Mustern er nachgestrebt habe. Sie, auch nicht entfernt, erreicht zu haben, ist er sich bewußt, und kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Wenn er aber zuweilen von den Meinungen mancher würdiger, um die Rechts- und Gesetzwissenschaft hochverdienter und von ihm verehrter Männer abweichen, und dies aussagen zu müssen glaubte: so möge man daraus nicht auf eine Verkennung ihrer Verdienste schließen. Denn er theilt nicht die traurige und wahrhaft bemitleidenswerthe Einseitigkeit derjenigen, die so eng von den Fesseln des Systems eingezwängt sind, daß es ihnen unmöglich fällt,

das, was diesem fremd ist, unbefangen zu würdigen, und in den Bestrebungen, die in verschiednen Formen sich offenbaren, die Früchte Eines Geistes zu erkennen. —

I. Ueber

I.

Ueber die
Grenzen der richterlichen Willkühr
bei
Bestimmung arbiträrer Strafen.

I.

Seit der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts war eine neue Morgenröthe für das Criminalrecht auch in Deutschland angebrochen. Laut hatte sich die Stimme der Humanität gegen die empörenden Mißbräuche erhoben, welche die menschliche Vernunft entehrten, und die rohe Barbarei ferner Jahrhunderte athmeten. Begriffen im raschen Fortschreiten zu höherer Kultur, vernahmen Deutschlands Völker sie gern, fügten sich willig ihren Aussprüchen, und so gelang es ihr durch Ueberredung zu erschmeicheln, und vom Gefühl zu erhalten, was dem Rechtslehrer fester zu begründen, und als kategorisches Gebot aufzustellen vorbehalten war.

In dieselbe Periode fallen auch die Bemühungen vieler trefflicher und hochverdienter Männer des In- und Auslandes im Gebiet der Politik. Wer kennt und verehrt nicht dankbar die Namen eines Sonnenfels, Wieland, Gmelin, Globig, Juster, Soden, u. a., eines

Servin, Servan, Brissot de Varwille, Velazé, eines Beccaria und Filangieri, eines Eden und Dames. Brachten ihre Arbeiten der Wissenschaft auch nur einen negativen Gewinn, so gebührt ihnen dennoch das Verdienst, das die gerechtesten Ansprüche auf den Dank der Mit- und Nachwelt hat, zur Besiegung unwürdiger Vorurtheile, zur Beförderung einer menschlicheren und gerechteren Kriminaljustiz und immer höhern Veredlung derselben kräftig mitgewirkt zu haben; während die Rechtswissenschaft kaum in dem Anfang ihrer Entwicklung schon in todter Ruhe erstarrt, sie dem Ideale nicht anzunähern vermochte. —

Erst der neuern Philosophie mogte es gelingen, auch hier die todten Kräfte zu wecken, und zu freiem Spiel zu beleben. Fichte's Genius erhob die Rechtsphilosophie zum Rang einer selbstständigen Wissenschaft, indem er die Unabhängigkeit ihrer obersten Formel vom Sittengesetz darthat. —, Von nun an erst hebt die Periode eines hohen und kräftigen Lebens auch für die Strafrechtswissenschaft an, eines raschen Fortschreitens zum fernen unerreichbaren Ziele der Vollendung, zu dem alle Wissenschaften mit nie erschlaffender Kraft hinstreben sollen. — Die neuern trefflichen Untersuchungen über die Natur der Strafgewalt des Staats, über den Zweck

der Strafen, über die Gründe der Strafbarkeit, über das Verhältniß und den Maßstab zwischen Verbrechen und Strafen, über juridische Imputation u. s. w. sind die Produkte der neugeweckten Kraft, die sich in ihnen allen unverkennbar ausspricht. —

Ich brauche hier nicht an die Verdienste eines Meister, Klein, Kleinschrod, Stübel, Tittmann, und so vieler Andrer zu erinnern. Wer vertraut ist mit der Wissenschaft, kennt sie, und weiß sie ihrem vollem Gehalte nach zu würdigen. Wer aber weiß auch nicht, daß in einer Kulturgeschichte der peinlichen Rechtswissenschaft die Namen eines Feuerbach, Grolmann, von Almendingen vor allen übrigen genannt werden müßten, und daß ich, wenn ich der festen Begründung und hohen Ausbildung erwähne, die der Wissenschaft in den neuesten Zeiten zu Theil ward, vornehmlich von Feuerbach rede, der als Gesetzforscher und Rechtsgelehrter gleich tief, gleich besonnen, gleich konsequent sie vor allen der Vollendung entgegenführte? —

So ist die Strafrechtswissenschaft mit Riesenschritten vor der Kriminalgesetzgebung in Deutschland vorausgeeilt, die aus einem beinah dreihundertjährigen Schlummer erst neuerlich hie und da durch die höhern Anforderungen des Zeitgeists aufgeschreckt zu seyn scheint, und nir-

gends noch diesen Anforderungen Genüge that. Die Wissenschaft hat nicht nur eine feste Grundlage erhalten; sie ist auch in einzelnen Parthien bis zu einem hohen Grad der Vollendung ausgebildet worden. Belehrt über die Natur und den Zweck der bürgerlichen Strafe, über den Begriff eines Strafgesetzes, über das Wesen der rechtlichen Imputation, fühlen wir uns gedrungen, die richterliche Willkühr in der Anwendung der Strafgesetze möglichst zu begrenzen, das individuelle Urtheil ihrem kategorischen Gebot, das die Stimmen des gesammten Volks in sich vereint repräsentirt, unterzuordnen, in der Anwendung nicht mehr hinzublicken auf höhere übersinnliche Gründe, deren Erkennung außer der beschränkten Sphäre des menschlichen Geistes liegt, (in deren Beachtung man nur das Mittel sah, auf dem Wege der richterlichen Milderung das harte und rauhe Gebot der Gesetze mit den Anforderungen der Menschlichkeit und des Zeitgeistes einiger Maßen in Harmonie zu bringen); — aber unser inneres Gefühl bebt zurück vor dem grausen Sinn dieser Strafgesetze; der Geist, den sie athmen, ist nicht der unsers Zeitalters; den Maßstab, womit sie die Verbrechen messen, haben wir verworfen; die Barbarei, die sie zu bekämpfen hatten, ist unsern Zeiten fremd. — Und so schwanken wir zweifelnd zwischen dem

unbeugsamen Ausspruch des Gesetzes und der überredenden Stimme der Humanität! —

Doch alles das darf die Wissenschaft nicht hindern, streng, unerbittlich und konsequent in ihren Forderungen vorzuschreiten. Ihre Wahrheiten dürfen nicht wegen der Mängel bestehender Einrichtungen ihre Anwendbarkeit verlieren. Die Strafrechtswissenschaft soll sich nicht den mangelhaften und grausamen Strafgesetzen eines Staats anpassen und anschmiegen; sondern muthig voranschreiten, und das Ideal aufstellen, das die Gesetzgebung zu realisiren streben muß. Der Rechtsgelehrte ist erhaben über jede bestehende Gesetzgebung, die er nur als einen Versuch betrachtet, sich einer idealen anzunähern, und nur als Uebergang zu dieser. —

So der Rechtsgelehrte; aber nicht so der Gesetzforscher; weniger noch der Richter eines bestimmten Staats. Wie es überall eine positive Giltigkeit nur in und durch das Gesetz gibt, so kann eine solche für den Richter nur in und durch die Gesetze seines Staats existiren. Nach ihrem Buchstaben und Geist spreche er als ihr Diener fest und unbedingt; möge auch die Mangelhaftigkeit und Unvollkommenheit der bestehenden Gesetzgebung im Gegensatz einer idealen noch so verletzend hervortreten, möge auch ein menschliches Herz sich wehmüthig auflehnen oder em-

hören gegen die Stimme des Gesetzes; er darf, er kann nicht anders, wenn er nicht aus den Schranken der Pflicht herausgehen will, und darum ist er schuldlos. — Vor dem Thron der Gnade flehe der aus einem harten Gesetz verurtheilte Verbrecher um die Milderung, die ihm vor dem Forum des Rechts verweigert werden muß.

Freilich nur ein trauriger Nothbehelf, mit dem man vergebens die Mängel unsrer peinlichen Gesetzgebung zu bedecken sucht! — Aber gibt es denn ein anderes Mittel, die Härte unserer Strafgesetze zu mildern! — Soll man denn nicht billig den Richtern zürnen, die es für menschlich, ja hochverdienstlich halten, den klaren, keiner Deutelungen fähigen, Ausspruch der Gesetze zu umgehen, und durch tausend willkürliche Akkommodazionen mit den Eingebungen eines empfindsamen Herzens in Einklang zu stimmen! — Sie verletzen dadurch nicht nur das heilige Gebot der Pflicht; sondern sie untergraben auch das Wohl und die Sicherheit des Staats, dessen Gesetze sie ihres Ansehens, ihrer Wirksamkeit berauben; ja sie werden zu Verräthern an der Sache der Menschheit. Denn nur dadurch, daß die Aussprüche der bestehenden Gesetzgebung, mit den Forderungen des idealen Rechts im schneidenden Mißklang, überall ver-

nehmbar werden, daß die Richter, in den Zauberkreis des Gesetzes gebannt, während sie den Regenten selbst an die Unvollkommenheit desselben mahnen, seinen Forderungen unbedingt sich unterwerfen, daß die Stimme des Gnade flehenden Verbrechers unaufhörlich vor dem Thron des Regenten erschallt; nur dadurch mögen wir in Deutschlands einzelnen Staaten uns die Wohlthat einer peinlichen Gesetzgebung versprechen, die alle zerreißende Mißtöne in wohlthuende Harmonie auflösen, und dem Richter die Ausübung seiner heiligsten Pflicht nicht mehr erschweren wird. — Die Zeit ist jetzt vielleicht nicht mehr fern . . . .

Aber ich vergesse, daß die langersehnte Morgenröthe bereits in einem Lande angebrochen ist, das, seit es seinen letzten allverehrten Regenten erhielt, zu allem Hohen und Guten rasch und unaufhaltsam fortschritt, und dem nun bald auch eine Strafgesetzgebung zu Theil werden wird, die aus den höchsten Principien des Rechts geschöpft, den Bedürfnissen des Staats entsprechend, der sinnlichen Natur des Menschen sich anschmiegend, allen Anforderungen ein Genüge leisten wird. Denn wo dürfte man vertrauensvoller der Erfüllung dieser schönen Hoffnung entgegen sehen, als da, wo man einen Mann zur Mitwirkung zu jenem hohen Zweck ausersah,

dem die peinliche Rechtswissenschaft ihre wesentlichsten Aufklärungen verdankt! —

2.

Indem ich in dem Vorhergehenden mich für die unbedingte Anwendung unsrer bestimmten Strafgesetze erklärte, wollte ich zugleich auf den Gesichtspunkt hindeuten, aus welchem ich meine Meinung über die Begrenzung der richterlichen Willkühr bei Normirung einer Strafe aus einem unbestimmten Gesetz, die sogleich weiter entwickelt werden soll, beurtheilt sehen mögte. — Was ich zu bitten habe, ist, daß man nicht die Stimme der Menschlichkeit gegen mich erhebe, und es nicht für Barbarei ausschreie, in die die Kriminaljustiz zurückgestürzt werden solle; wenn es mir gelingen sollte darzuthun, daß auch das gänzlich unbestimmte Gesetz es dem Richter nicht vergönne, sein Urtheil nach Gründen eines (künftig erst zu realisirenden) idealen Rechts zu bestimmen, und so dem Gesetzgeber vorzugreifen; sondern daß er auch hier nur im Geist der bestehenden Gesetzgebung das Urtheil sprechen dürfe, indem sich ja nicht seine Individualität aussprechen soll, da er als Richter nur Organ der Gesetze seyn darf. —

Zwar hat man noch neuerdings den Richter von allen Banden der Gesetze zu entfesseln gesucht; man verweis't ihn einzig an ein Urrecht, das in der Idee früher ist, als Gesetze; an diesen Maßstab vergönnt, ja gebietet man ihm, die positiven Gesetze zu halten, und bedingt die Anwendbarkeit derselben durch die zufällige Uebereinstimmung mit jenem Urrecht. *) Aber man scheint dabei zu vergessen, daß das Urrecht von einer bloß formalen Bedeutung, und nur eine (freilich nothwendige) Fiction einer philosophischen Rechtslehre sey. So gewiß wir ewig zu einer idealen in sich vollendeten Gesetzgebung streben sollen, die die Grenzen zwischen der Rechtsphilosophie und dem Positiven aufhebe, und in ewigem Frieden den Zwiespalt beider versöhne, so gewiß ist es auch, daß das Ideal einer solchen Gesetzgebung von dem Einzelnen nur für die Wissenschaft, nicht für das Leben, für die Anwendung könne aufgestellt, und darin realisirt werden. — Nur wenn man ein Recht an sich, ein geradezu constitutives Urrecht annimmt, und dieses der positiven Gesetzgebung als materiale Grundlage unterlegt, indem man alles Positive nur als Analyse jenes Urrechts betrachtet;

*) Man s. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. Giessen, 1807. Th. 1.

— nur auf diesem Wege wird man der Gesetzwissenschaft ihre Würde und Selbstständigkeit rauben, das Gesetz dem Urrecht unterordnen, und darin die höchsten Gründe der Rechtsgiltigkeit finden können. —

Auf welchen Fehlschlüssen und Nichtigkeiten aber eine solche Ansicht beruhe, kann hier nicht dargethan, und darf überdies als bekannt vorausgesetzt werden. *)

Erst dann wird die Scheidewand zwischen dem idealen und positiven Recht einstürzen, wenn einst das Ideal einer Gesetzgebung, wie es uns die Rechtsphilosophie aufstellt, in's Leben und in die Wirklichkeit eingetreten seyn wird. So lange aber die Menschheit noch im Streben zu diesem hohen Ziel begriffen ist, so lange das Reich der Freiheit und der vollendeten Menschheit nur noch in den Schöpfungen der Poesie blüht; — so lange muß auch ein Zwiespalt zwischen der Wirklichkeit und der Idee bleiben. —

*) Statt aller Andern verweise ich auf Fichte's Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, Theil 1. und Dresler's gehaltreiche Schrift: Ueber das Verhältniß des Rechts zum Gesetze — Eine Organonomie der Rechtswissenschaft in ihrer Beziehung zur universellen Entwicklung der Menschheit. Berlin 1803.

3.

Nähern wir uns jetzt dem eigentlichen Gegenstand dieser Blätter. — Selbst diejenigen Rechtslehrer, die das Ansehen und die Selbstständigkeit der Gesetzwissenschaft zu vertheidigen suchten, und die Giltigkeit des Gesetzes nur durch das Gesetz selbst bedingten, werden dennoch ihrer eignen Ansicht untreu, so bald es darauf ankommt, die Sphäre der richterlichen Wirksamkeit zu bestimmen, wenn das Strafgesetz selbst entweder nur eine unbestimmte Verordnung enthält, oder die Bestimmung der Strafe dem Ermessen des Richters geradezu überlassen hat. — Wie wichtig dieser Gegenstand vorzüglich in Beziehung auf die deutsche peinliche Gesetzgebung sey, deren Verordnungen meist so schwankend und unbestimmt sind, bedarf kaum einer Erinnerung. Darum dürfen wir hoffen, etwas Verdienstliches zu unternehmen, wenn wir zur endlichen Entscheidung der Frage: aus welcher Quelle der Richter in allen den Fällen, wo das Gesetz entweder nur eine unbestimmte Verordnung enthält, oder dem richterlichen Ermessen alles überläßt, die Gründe seines Urtheils schöpfen müsse, so viel in unsern Kräften ist, beizutragen suchen. —

Vor Feuerbach und der Revolution, die sein Genie für die peinliche Gesetzwissenschaft herbeiführte, war diese Streitfrage kaum angeregt worden. — Wie hätte man auch Veranlassung dazu finden sollen? Wenn man sich nicht einmal an die Anwendung der bestimmten Strafgesetze gebunden glaubte, wenn man einzig den Eingebungen einer launenhaften und willkürlichen Praxis folgte, wie hätte man denn bei unbestimmten Strafgesetzen Bedenken tragen sollen, nach einer grenzen- und regellosen Willkühr die mangelnden Bestimmungen zu ergänzen! — Nicht einmal in der Theorie hielt man es für nothwendig, nach bestimmten Grundsätzen zu forschen, die den Richter bei einem so schwierigen Geschäfte leiten könnten, und sein unumschränktes Ermessen begrenzten. Man schlage nur die meisten Lehrbücher, Systeme, Handbücher, Entwickelungen u. s. w. des peinlichen Rechts nach, kaum wird man ein paar dürftige Winke finden, die dem Ungewissen die Richtung anzeigen, die er zu nehmen habe, kaum auf ein paar politische Regeln stoßen, wo man das Recht gehabt hätte, nach höhern Gründen zu fragen. — Aber statt dessen findet man die Worte eines Claudius Saturninus (in den Fr. 16 D XLVIII. 19) allegirt, dem es, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle ergibt, nur darum zu thun war,

Strafen und Strafgesetze unter allgemeinen Gesichtspunkten zusammenzustellen, um unerfahrnen Richtern die Beurtheilung zu erleichtern, welches Verbrechen in Untersuchung, welches Strafgesetz darauf anzuwenden sey; — oder die allgemeinen oberflächlichen Lehren eines Marcian (in Fr. 11 D XLVIII. 19) der den Richtern eben so sehr eine ungerechte Härte als Milde verbietet. — Und so konnte es denn nicht anders seyn, als daß, wer bei den Lehrern des peinlichen Rechts über jenen, doch wahrlich nicht unwichtigen, Punkt Belehrung suchte, sich in seinen Erwartungen empfindlich getäuscht sah. —

Dem Scharfblick eines Feuerbach konnte die wesentliche Lücke nicht entgehen, die man bis dahin in den Lehrbüchern der peinlichen Gesetzwissenschaft gelassen, oder nur dürftig ausgefüllt hatte. Mit der größten Genauigkeit hat er die Quellen für die richterlichen Principien der Strafbarkeit aufgesucht, und sie in der Natur der Strafe und des Strafgesetzes gefunden. —

„Wenn den Richter bestimmte und ausdrückliche Gesetze verlassen, — sagt er in seiner trefflichen Revision Th. 1, S, 192 u. fg. — so darf er darum noch nicht ganz aus dem Kreise der positiven Gesetzgebung heraustreten, und aus was immer für andern Gründen die Principien zu seinen Urtheilen

hernehmen. Er ist Richter, ist als solcher bloß Diener der Gesetze, und darf nicht selbst die Gründe zu seinem Urtheile (den Obersatz in demselben) bestimmen, ohne aufzuhören, Richter zu seyn, und in das Gebiet des Gesetzgebers einzugreifen. Wenn daher auch keine ausdrückliche Verordnung für einen bestimmten Fall vorhanden ist: so bleibt er doch in seinem Urtheile an die Gesetzgebung überhaupt gebunden, und muß aus ihr, wenn auch nicht aus ausdrücklichen Bestimmungen, doch aus andern gesetzlichen Gründen den Obersatz zu seinen Erkenntnissen nehmen. Solche Gründe sind nun 1) die Analogie der Gesetze, welche, in so fern als sie durch die Gründe der Gesetze (rationes legum) bestimmt wird, der Geist der Gesetze genannt werden kann. Diese ist vorhanden, wenn die ausdrückliche Bestimmung eines Gesetzes wegen der Aehnlichkeit des Falls und der Identität des Grundes auf einen durch das Gesetz nicht bestimmten Fall ausgedehnt wird. So wichtig aber auch diese Analogie in andern Rücksichten ist, so wenig kann sie hier von Gebrauch seyn. Es ist hier von der Größe der Strafe, welche eine gewisse Handlung treffen soll, die Rede. — Wenn nun die Analogie dieselbe bestimmen

sollte,

sollte, so müßte die ausdrücklich bestimmte Strafe eines andern Verbrechens auf das Verbrechen des unbestimmten Gesetzes angewendet werden, und dann würde die Strafe dieses Verbrechens eben so wenig unbestimmt seyn, als die Strafe des andern. Beide Verbrechen wären daher einem bestimmten Strafgesetz unterworfen, und mithin müßten bei Bestrafung der That, welcher die willkührliche Strafe angedroht worden, ganz dieselben Grundsätze beobachtet werden, wie bei dem Verbrechen, auf welches der Gesetzgeber die bestimmte Strafe gesetzt hat. Aus der Willkürlichkeit der Strafe, welche auf die That gesetzt ist, sehen wir aber offenbar, daß sie nicht nach unveränderlichen Bestimmungen (welche Anwendung finden, sobald nur die allgemeinen von dem Gesetzgeber vorausgesetzten Bedingungen in concreto existiren), sondern nach den besondern Umständen eines jeden einzelnen Falls, welche bald eine größere, bald eine geringere Strafbarkeit hervorbringen, bestraft werden solle. — Diese besondern Umstände, die Gelegenheit und Gestalt der Sachen sollen für den Richter die Data zur Beurtheilung der Strafbarkeit seyn. Um nun diese Data gesetzlich zu beurtheilen, um zu erkennen, ob und in wie

weit diese oder jene Eigenschaft der That Grund einer größeren oder geringeren Strafbarkeit sey, und um zu wissen, welche Art die Strafbarkeit zu beurtheilen, den Gesetzen gemäß sey, bleibt dem Richter, wenn er sich in den Schranken der Gesetzgebung erhalten will, nichts anders übrig, als: 2) der Geist der Gesetzgebung überhaupt, d. h. die Principien, welche der Gesetzgebung selbst, und zwar im Allgemeinen, bei Bestimmung der Strafe zum Grunde liegen. So wie also bei der Analogie der Grund des einzelnen Gesetzes das Princip des richterlichen Urtheils ist, so ist es hier der Grund der Strafbarkeit, auf welchem die Strafgesetzgebung überhaupt beruht, von welchem die Bestimmung der Strafe für einen besondern Fall abhängt. Da nun jene Principien der Gesetzgebung, aus Gründen der Strafbarkeit in abstracto bestehen; so folgt unmittelbar der Grundsatz: die Gründe der Strafbarkeit in abstracto sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto; oder: aus denselben Gründen, nach welchen der Gesetzgeber die Strafbarkeit beurtheilt, nach denselben Gründen muß sie auch der Richter beurtheilen." —

4.

Es ist diese Stelle aus Feuerbach's Meisterwerk um deswillen ausgehoben, und hier ganz wiedergegeben worden, weil die Bemerkungen, die wir in den folgenden Blättern niederlegen werden, die Absicht haben, einige Zweifel gegen die von ihm aufgestellte Theorie zu erregen, und eine andre, wenn auch nicht entgegengesetzte, doch vielfach anders modificirte, zu begründen. —

Uns will es scheinen, als könne man zu keiner befriedigenden Lösung aller der Probleme, die sich hier dem Untersucher aufdrängen, auch nur entfernt gelangen, wenn man nicht im Lauf dieser ganzen Untersuchung Recht und Gesetz (ideales und objectives Recht) Rechtswissenschaft und Gesetzwissenschaft genau von einander scheide und absondre. Nur wenn man diese Gegensätze, die von einem höhern Standpunkt, (der aber in dieser Untersuchung nicht der Unsrige ist und seyn kann) freilich verschwinden müssen, unverrückt im Auge behält, ist es möglich, allen den Verirrungen und Verwechselungen vorzubeugen, die sonst unvermeidlich sind. Dahin muß z. B. der hundertmal ausgesprochne und wiederholte Grundsatz ge-

rechnet werden: das Naturrecht sey eine subsidiarische Quelle des geltenden Rechts, sey unentbehrlich als solche für den praktischen Rechtsgelehrten in allen den Fällen, worüber die positiven Gesetze keine ausdrückliche oder analogische Bestimmung enthalten. —

Nur dadurch konnte man zur Aufstellung dieses Grundsatzes verführt werden, daß man den eigenthümlichen Karakter des Naturrechts, welches nur postulirend ist, gänzlich verkannte. Im Gebiet der Philosophie erscheint der Rechtsbegriff nur als Postulat, als die nothwendige Forderung, daß die unbegrenzte Wechselwirkung der freien Wesen begrenzt werde durch den Begriff der wechselseitigen Freiheit. Nur die Nothwendigkeit dieser Forderung kann streng deducirt werden, aber ihre reale Construction bleibt der freien Menschheit in ihrem Fortschreiten überlassen.

Die allgemeine Herrschaft jenes Begriffes der wechselseitigen Freiheit kann daher nur durch das Gesetz gegründet werden, und es wird das Recht (dessen Reich erst zugleich mit der Herrschaft jenes Begriffes gegründet wird) nur in dem Gesetz und durch das Gesetz dargestellt. Dieses Gesetz aber ist, da es nicht als Naturgesetz dem Menschengeschlecht gegeben ward, da seine Errichtung der freien Wechselwirkung desselben überlassen ist, nothwendig positiv. Dar-

um existirt kein reales Recht außer und vor dem positiven Gesetze.

Das Princip der Giltigkeit dieses Gesetzes selbst aber, und somit der rechtlichen Giltigkeit überhaupt, die einer höhern Rechtfertigung bedarf, und aller Gesetzwissenschaft vorausgehen muß, ist die Wechselverknüpfung des Interesse Aller an Erhaltung der Freiheit, die für den Begriff jedes Individuums in einem Vertrage ausgedruckt ist, der aber nicht zu seiner Rechtsgiltigkeit eines Gesetzes bedarf, sondern selbst zugleich Gesetz und dessen Erfüllung eben durch die Wechselseitigkeit jenes Interesse Aller absolut gesetzt ist. Dieser Vertrag ist der Staatsgrundvertrag. Die Persönlichkeit erscheint daher als das subjective, der Staatsgrundvertrag als das objective Princip aller Rechtsgiltigkeit.

(Die ursprüngliche Rechtsforderung und der Staatsgrundvertrag sind also die beiden entgegenstehenden Pole der juridischen Welt, wovon jener nur objectiv wird durch diesen, und dieser, zwar unabhängig, doch nur durch eine vollkommne Harmonie mit jenem seine vollendete Bildung erhält. Je nachdem man nun den subjectiven Pol der ursprünglichen Rechtsforderung in Beziehung setzt zum entgegenstehenden Pol der Staatsorganisazion, entsteht eine doppelte Ansicht desselben. Läßt man nemlich die Rechts-

forderung fortbildend übergehen zur Konstruction des vollendeten Staates (diesen zu konstruiren ist das eigentliche Geschäft der philosophischen Rechtslehre,) so entsteht das ideale Recht. — Hingegen vom Standpunkt des entgegenstehenden Pols der objektiven gesetzlichen Giltigkeit erscheint die Rechtsforderung bloß als das subjektive Princip aller gesetzlichen Giltigkeit, ihrer Form nach, ohne einen giltigen Gehalt zu bestimmen. — In dieser Hinsicht ist die Rechtsforderung formales Recht, wodurch nur die subjektive Begrenzung des idealen ausgedruckt wird. Es ist daher nur die Abstraktion der Form der Rechtlichkeit von der Konstruktion des idealen Rechts, die nur noch für die Wissenschaft von Werth wäre, wäre das ideale Recht schon vollständig dargestellt worden. Aber bis jetzt sind nur Versuche zur Erreichung des Ideals gemacht worden, die also einer Prüfung durch das formale Recht bedürfen. — Diese bilden das objektive Recht. —)

So kann von dem Punkt der freien Wechselwirkung aus, die Entstehung der gesetzlichen Giltigkeit aus der Willkühr ideell konstruirt werden. Aber man kann auch von dem entgegenstehenden Punkt von dem ursprünglichen Princip alles Rechtszwanges ausgehen, und historisch

gleichsam die Hauptperioden des Rechts bis zur vollendeten Herrschaft des Begriffes beschreiben.

Alles Zwangsrecht hat seinen letzten Grund in der unbeschränkten Freiheit des Individuums. Vermöge derselben hat es die Befugniß, alles zu überwältigen, was sich seiner freien Wirksamkeit in den Weg stellt. Diese Befugniß ist an sich so unbegrenzt, wie die Freiheit des Individuums selbst. Sie ist noch nicht wechselseitig beschränkt und beschränkend, und äußert sich daher noch nicht als Rechts-, sondern als reiner Naturzwang. Wo also das Individuum dem Individuum entgegentritt, muß sich die Befugniß zum unendlichen Zwang wechselseitig vernichten.

Bald aber tritt das Bewußtseyn der eignen und damit nothwendig auch der Begriff der entgegenstehenden Freiheit ein. Jetzt entsteht, im Begriff des einzelnen Individuums die erste Begrenzung der Befugniß zum unendlichen Zwang. Die Begrenzung geschieht um des Rechts willen, und der reine Naturzwang wird zum Rechtszwange, aber nur erst zum problematischen Naturrechtszwang. Denn diese Begrenzung ist nur noch subjektiv, da sie überall nur eintritt, in wie fern die Begrenzung als wechselseitig vorausgesetzt werden kann. Diese Voraussetzung kann zwar gemacht werden, aber es ist Nichts, was ihr

Realität zusicherte. Daher bleibt sowohl die Begrenzung des Zwanges überhaupt, als auch die Bestimmung der Grenze so ungewiß, als zuvor.

Bei diesem Schwanken des Rechts ist die Rechtsforderung überhaupt, daß ein Rechtsverhältniß errichtet werde, das einzige Feste und Bestimmte. Sie ist schon in der Existenz des freien Wesens gegründet; sie ist das Urrecht der Menschheit. Aller Zwang, welcher auf dieses Ziel gerichtet ist, ist rechtmäßig.

An dem Urrecht soll die zweite und letzte Begrenzung des Zwanges hinlaufen. Diese Begrenzung kann nur durch die Wechselwirkung der freien Individuen entstehen, die hier das thätige Princip ist, welches sich allmählig in sich selbst begrenzt. Als die höchste Bildung desselben erscheint wiederum der Staatsgrundvertrag in seiner vollendeten Organisazion.

So entstehen auch hier zwei entgegenstehende Pole, der rohe Naturzustand und die vollendete Bildung des Staats. Das vermittelnde zwischen beiden ist die objektive Wechselwirkung der Menschheit, die eine Reihe von Rechtsorganisazionen bis zu ihrer höchsten Vollendung hervorführt. Durch die Konstruktion des vollendeten Rechtsorganismus entsteht das, was oben ideales Recht genannt wurde. Dort stand ihm das formale Recht entgegen, hier steht ihm das

absolute, aber gleichfalls unbestimmte Urrecht, entgegen. Urrecht und formales Recht sind daher nur verschiedne Ausdrücke für einen und denselben Begriff, indem sie überhaupt nur das Unbedingte im Rechte bezeichnen.

So ist nunmehr gezeigt, wie sich überhaupt aus der freien Menschheit eine juridische Welt darstellen könne und müsse. Recht und Gesetz können nunmehr auf einander bezogen, und das wechselseitige Verhältniß derselben zu einander betrachtet werden.

Man kann die Rechtsforderung in einer doppelten Beziehung zum Gesetze betrachten; einmal ihrer Form nach, zu jeder möglichen Gesetzgebung, woraus die Kriterien der gesetzlichen Giltigkeit überhaupt hervorgehen müssen; zweitens aber auch als postulirte Rechtsorganisazion ihrem Gehalt nach zum objectiven Recht. In dieser letztern Hinsicht druckt sie zwar einen bestimmten Gehalt aus, ist aber in Beziehung auf das Gesetz nur fordernd.

Realisirt kann dieser bestimmte Gehalt erst werden durch die freie Wechselwirkung der Menschheit, die aber selbst erst in einem rechtlichen Zustand möglich ist. Zur Lösung dieses Widerspruches muß sich ein reales Mittelglied aufzeigen lassen, zwischen der freien gesetzlosen Menschheit, und der vollendeten Rechtsorganisazion, ein recht-

licher Zustand, welcher der Darstellung der vollendeten rechtlichen Ordnung durch die freie Wechselwirkung der Menschheit vorausginge; daher nicht selbst die Produktion der freien Wechselwirkung der Menschheit, sondern einer höhern Nothwendigkeit, mit einem Wort, ein provisorischer Rechtszustand. Als solcher erscheinen unsre Nothstaaten. Durch sie wird das bestimmt, was objectiv Rechtens ist. Jetzt ist also die reelle Möglichkeit des aufgestellten Unterschiedes zwischen objectiven und idealen Recht hinlänglich begründet.

Jetzt aber tritt auch dieser Gegensatz zwischen idealem und objectivem Recht in seiner ganzen Schärfe und Bestimmtheit hervor. Alle Vermischung beider muß aufhören; Rechts- und Gesetzwissenschaft stehen gänzlich unabhängig da. Diese letztere, deren höchstes Princip das objective Recht ist, kennt keine andre Aufgabe, als die Analyse einer bestimmten individuellen Gesetzgebung. — Daher kann die Anwendung im Staate einzig und allein unter dem Gesichtspunkte des Gesetzes geschehen; daher ist die Gesetzwissenschaft nicht durch das reale Naturrecht, sondern nur durch sich selbst begründet. — Es heißt die Rechtsphilosophie und die Gesetzwissenschaft gleich sehr herabwürdigen, wenn man je-

ne, als eine subsidiarische Quelle dieser betrachtet. —

Erst in der realen Konstruktion des vollendeten Rechtsorganismus können diese Widersprüche aufgehoben, kann die Trennung wieder zur Vereinigung werden. So gewiß aber durch die Vernunft die Darstellung des rechtlichen Zustandes von der Menschheit gefordert wird, so gewiß müssen auch jene Widersprüche einst gelöset werden.

Denn dem objectiven Recht kommt vor der Vernunft keine eigne reale Giltigkeit zu; es gilt vor ihr nur als Uebergang zu einer vollendeteren Organisirung des Rechts, nicht aber als festes Seyn. Selbst im Leben und in der Wirklichkeit verdankt es seine Giltigkeit nur der Meinung und dem öffentlichen Zutrauen. Die Vermittelung zwischen dem objectiven und idealen Recht wird also konstruirt durch die weitere Bestimmung des erstern, durch den allmähligen Uebergang zum idealen Rechte. Das letzte reelle Princip der vollkommnen Rechtsgiltigkeit ist aber der Staatsgrundvertrag. Dieser liegt also jenseits des Nothstaats; er kann im Nothstaat als noch nicht geschlossen betrachtet werden. Dieß wird er erst mit der realen Konstruktion des idealen Rechts. In dieser Ansicht werden die beiden gewöhnlichen Ansichten des Staatsgrundvertrages, (nach

welchen man ihn entweder als einen der ersten Errichtung eines bestimmten Staats historisch zum Grunde liegenden Vertrag, oder aber als eine Idee betrachtet, die der Philosoph dem geltenden Rechte zur Rechtfertigung seiner Giltigkeit zum Grunde legt,) mit einander vereinigt. Denn in dem Ideal einer rechtlichen Verfassung ist das philosophisch und historisch Giltige nur eins. In dem Zusammentreffen beider, sey es als Identität, wie im vollendeten Staat des Rechts, oder als Streben zu dieser Identität wie im Nothstaate, entsteht allein juridische Giltigkeit.

Dieß sind die Momente, die sich als Grundsätze des Entstehens der juridischen Welt darstellen, die zugleich aber auch Hauptmomente und Grundgesetze der Wissenschaft sind. —

Wie die ursprüngliche Duplicität Natur und Freiheit, absolute Willkühr und absolute Gesetzmäßigkeit, die sich in den Produktionen der juridischen Welt zu einer zwiefachen Ansicht des Staatsgrundvertrages bildet, welche auf dem Standpunkt des idealen Rechts aber, und in der Darstellung der vollendeten Rechtsorganisazion wieder zusammenfällt, sich in der Idee des Fortschreitens der Menschheit nach ihrem eignen Ge-

setz zur vollendeten Darstellung des Rechts, auflös't; so gibt es auch in der Rechtswissenschaft (im weitesten Sinne des Worts, wo es jede philosophische oder historische Darstellung des Rechts bezeichnet,) nur Eine Thätigkeit, die sich auf den verschiednen Stufen der wissenschaftlichen Entwicklung äußert. — Der Gegenstand der Wissenschaft soll aus dem todten, starren Seyn in ein lebendiges und selbstständiges Werden übergehn, und aus der todten Masse sich eine organische Natur entwickeln. Nur in der Ansicht einer höhern juridischen Ordnung, die realisirt werden soll, können Leben und Wissenschaft durchdringen. Jene reine, vermittelnde, wissenschaftliche Thätigkeit ist nun in ihren verschiednen Aeußerungen zu betrachten. — Idealisches Recht und faktisches Gesetz sind hier die beiden Aeußersten, die wechselseitig auf einander bezogen werden müssen. — Die Beziehung des postulirten idealen Rechts zur positiven Gesetzgebung erscheint als die Aufgabe: in wie fern ist durch diese bestimmte Gesetzgebung der ursprünglichen Rechtsforderung Genüge geschehen? Durch Lösung dieser Aufgabe entsteht eine Kritik der positiven Gesetzgebung.

Zum Behuf dieser Kritik muß der allgemeine Charakter aller unvollkommnen Darstellungen des Rechts, worin sie mit der vollendeten Dar-

stellung übereinstimmen, aufgezeigt, muß zweitens aber auch der individuelle Geist jeder einzelnen Gesetzgebung charakterisirt werden. —

Wenn es Aufgabe jeder positiven Gesetzgebung ist, die ursprüngliche Rechtsforderung in der Wirklichkeit darzustellen, den Rechtsbegriff zu repräsentiren; so ist Repräsentation der allgemeine Charakter aller objectiven Gesetzgebung. Dies ist der Punkt, worin alle Darstellungen des Rechts, die unvollkommnen, wie die vollendeten, zusammentreffen müssen, wo sie aber auch wieder von einander differiren. Aber die Differenz beruht hier nur in dem Grade der Vollendung der Repräsentation. — Um nun den individuellen Charakter jeder einzelnen Gesetzgebung aufzufassen, muß untersucht werden, von welchem Pole der Rechtsorganisazion, ob von dem der ursprünglichen Rechtsforderung, oder dem des Staatsgrundvertrages, sie mehr beherrscht werde. Wahre Vollendung ist nur da, wo beide Punkte sich wechselseitig durchdringen, und ganz zusammenfallen. —

Zu diesen objectiven Bedingungen muß sich nun auch die subjective Thätigkeit gesellen, wodurch allein der Geist einer individuellen Gesetzgebung aufgefasset werden kann.

Dieser Geist besteht in dem innern Zusammenhang der Gesetzgebung, der aber nicht schon

im Buchstaben der Gesetze gegeben, sondern erst erweckt und hervorgerufen werden soll durch die philosophische Behandlung. Der philosophische Bearbeiter soll hinausdringen über den Buchstaben, soll der innern Gesetze sich bewußt werden, wornach der Buchstabe sich gebildet hat und mit den Ganzen zusammenhängt, und nach ihnen aus dem Geist der Gesetzgebung den Buchstaben wiederherstellen. In diesem Gegensatze zwischen Buchstaben und Geist liegt das Unterscheidende zwischen Kritik der Gesetzgebung und bloßer Gesetzkunde. Jene, indem sie aus dem Kreise der Gesetzgebung heraustrat, und diese aus ihrem Geiste nachbildet und wiederholt, ist eine synthetische Wissenschaft; diese hingegen, die das Gesetz, wie sie es findet, nur der Analyse zu einer weitern Bearbeitung übergibt, ist bloß analytisch. Erhoben zur Gesetzwissenschaft, deren Aufgabe es ist, das gesetzlich Giltige seinem innersten Zusammenhange nach darzustellen, wird die Gesetzkunde nur durch eine kritische Behandlung. Denn Kritik des Geistes und Gesetzwissenschaft sind nicht ihrem innersten Geist nach verschieden, sondern nur in ihrem Verhältnisse zum Leben. Jene ist die Wissenschaft des Rechtsgelehrten und Regenten, die die Zukunft zur Gegenwart in Beziehung zu setzen haben, diese die Wissenschaft des denkenden Richters, der das

Produkt der Vergangenheit auf die Gegenwart anzuwenden hat. Denn in jener soll aus dem Geist der Buchstabe, das gesetzlich Geltende als in dem Geist enthalten, konstruirt, in dieser aber das gesetzlich Geltende in seiner Reinheit, aber seinem neuesten Geist und Zusammenhang nach dargestellt werden. — Die Hauptmomente einer Propädeutik der Gesetzwissenschaft sind aber folgende:

Es ist Aufgabe der Gesetzwissenschaft, das Repräsentationssystem eines bestimmten Volkes seinem innersten Geiste nach darzustellen. Nicht die ursprüngliche Konstruktion desselben liegt ihr daher ob; diese überläßt sie der Geschichte; sondern nur die Nachbildung und Reproduktion desselben. — Welches ist aber das Mittelglied zwischen der ursprünglichen Konstruktion in der freien Wechselwirkung, und dem Nachbilden des Gesetzgelehrten, durch deren Zusammentreffen das Positive allein gefunden werden kann? — Und wie wird sodann in dem so aufgefundenen Positiven der innere Zusammenhang hervorgerufen, und es zur Wissenschaft gesteigert? —

Das Medium, worin sich die Wechselwirkung der Menschheit, und in ihr der Rechtsbegriff verständlich für jedes Individuum ausdruckt, ist die Tradition, und das Organ dazu die Sprache. Sie ist die äußere reale Darstellung

der

der Menschheit, sie ist daher auch das Mittelglied, wodurch die Gesetzgebung für den reproducirenden Gesetzforscher sich ausdruckt. — Zwar erscheint die Sprache als das Produkt einer absoluten Willkür; aber dadurch, daß in ihr der bestimmte, nach den Gesetzen jedes vernünftigen Individuums hervorgebrachte, Begriff sich ausdruckt, wird ihr ihre Allgemeingiltigkeit zugesichert. — Dies ist das erste Princip aller Exegese. —

Ist nun aus dem Buchstaben des Gesetzes der Sinn und der Begriff entwickelt, so muß zunächst der Umfang der Giltigkeit des Begriffs bestimmt werden. — Da nemlich das Gesetzlichgiltige nur der durch die Sprache für Alle ausgedruckte Begriff des Gesetzgebers seyn kann; so tritt gesetzliche Giltigkeit nur ein, in wiefern das gerade der Gesetzgeber gewollt hat, was im Buchstaben des Gesetzes begriffen ist, und insofern das Gewollte auch wirklich ausgedruckt ist. Dadurch entsteht ein objectiver und subjectiver Begriff, der Sinn, der in dem Buchstaben des Gesetzes enthalten ist, und der voraus entworfene Gedanke des Gesetzgebers. Wo beide sich widerstreiten, oder nicht gänzlich zusammentreffen, ist weder auf den bloß objectiven Sinn des Gesetzes, noch auf den subjectiven Begriff des ersten Verfassers zu sehen, sondern auf den Rechtsgrund, wodurch

es mit dem Ganzen der bestimmten Gesetzgebung zusammenhängt; denn Gesetz ist überhaupt nur das, was im ganzen Repräsentationssysteme gegründet ist. Dies ist der erste Grundsatz aller gesetzlichen Giltigkeit.

Für die richterliche Anwendung ist dies der höchste Standpunkt. Es ist höchstes Gesetz der logischen Interpretation des Richters, daß sie immer analytisch aus den Grundsätzen der positiven Gesetzgebung selbst seyn müsse, denn die synthetisirende Thätigkeit in der juridischen Welt ist der Gesetzgeber, und nicht der Richter. — Eben darum können auch alle von dem ausdrücklichen Gesetz unentschieden gelaßne Fragen nur nach dem ganzen Zusammenhang der positiven Gesetzgebung entschieden werden.

Um nun in dem so aufgefundnen Positiven den Geist und die innere Gesetzmäßigkeit hervorzurufen, muß das ganze Repräsentationssystem durch die Rechtsphilosophie hindurch betrachtet werden. Entweder bleibt der innere Zusammenhang nur Idee, und äußert sich in der für die Anwendung bestimmten reinen Darstellung des Gesetzlichgiltigen nur durch die Form, und die Aneinanderreihung des Gegebenen; oder er wird zum Gegenstand, und es entsteht dann eine Kritik des Gesetzes.

So erhebt sich für die Wissenschaft die absolute Willkür des Historischen in allmähligen Stufen zur Gesetzmäßigkeit der Philosophie. Daß dies auch für das Leben und im Leben geschehe, ist Aufgabe der Politik. Sie soll alle Widersprüche in der Wissenschaft auflösen für das Leben, und zur Einheit bringen. Sie muß daher die Reihe der Mittelglieder bis zur vollendeten Darstellung des Rechts konstruiren, dadurch sie die Kritik des Gesetzes zur That werden soll.

Aber die Politik ist selbst nur fordernd, und diese Forderung ist an eine freie regellose Wechselwirkung der Menschheit gerichtet. Sie vermag daher den Widerstreit zwischen ihren eignen Forderungen und der freien Regellosigkeit nicht aufzuheben. — Noch immer fehlt es also an einem (äußern) realen Organ des Rechts. Dieses äußere Organ ist die Historie. Erst durch sie kann die ideelle Konstruktion des Rechts auch reell dargestellt werden. *) —

---

*) Es wird hoffentlich keiner Entschuldigung bedürfen, daß zur Entscheidung des speciellen Gegenstandes dieser Abhandlung zuvörderst allgemeine Grundsätze aufgestellt sind. — Denn nur aus ihnen konnte, unsrer Ueberzeugung nach, diese Entscheidung hergenommen werden, nicht aber aus positiven Gesetzen, denen ja selbst erst durch jene

5.

So wäre also im Allgemeinen die Sphäre bezeichnet worden, innerhalb welcher alle richterliche Thätigkeit sich bewegen muß, selbst da, wo die Sphäre der Giltigkeit bestimmt werden soll. Freilich bedürfen auch jene allgemeinen Principien, um sicher darauf fortbauen zu können, einer tiefern Begründung, die ihnen der Verfasser hier, wo ihm zu enge Grenzen gesetzt waren, nicht geben konnte. Aber er darf auf die schon oben angeführten Schriften eines Fichte und seines Schülers Dresler, von deren Untersuchungen er nur referirend die Resultate hier niederlegte, kühn verweisen, weil sie dort mit streng wissenschaftlicher Konsequenz deducirt sind. —

Die Unterlassung der auf dem Standpunkt der Reflexion (und nur dieser ist der Standpunkt für das Leben und für die Anwendung auf die Gegenwart) nothwendigen Trennung des idealen und objectiven Rechts war es, welche so viele Verwirrungen, so viel schwankende, oft sich widersprechende Aussprüche veranlaßten, sobald die Frage über die Grenzen der richterlichen Willkühr bei Bestimmung arbiträrer Strafen entschieden werden sollte, deren Beantwortung jetzt leicht und einfach seyn muß. (Wir werden Gelegenheit haben, am Ende dieses Aufsatzes die Meinungen unsrer geschätztesten Kriminalisten über diesen Gegenstand zu prü-

sie scheinbar durch den Gesetzgeber von den Banden des Historischgiltigen entfesselt ist. — Ueber

fen und mit einander zu vergleichen.) — Aber es ist dies nur eine der vielen neuen und fruchtbaren Ansichten, die durch die oben erwähnten scharfsinnigen Untersuchungen eröffnet werden. —

So ergibt es sich z. B daraus, wie weit wir noch von dem Ideal einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechts entfernt sind. — Namentlich werden sich darnach die Regeln beurtheilen lassen, die einst Tittmann für die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts aufstellte, (Versuch über die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts. Leipzig 1798) daraus auch der Streit entschieden werden müssen, der zwischen ihm und Feuerbach (Tittmann über die Grenzen des Philosophirens in einem System der Strafrechtswissenschaften und Strafgesetzkunde. Leipz. 1802) über denselben Gegenstand geführt ist. — Offenbar macht auch Tittmann, der doch selbst auf die Unterscheidung zwischen den verschiednen Funktionen des Rechts- und Gesetzgelehrten dringt, sich einer gänzlichen Verwechslung und Vermischung des idealen und objectiven Rechts, der Rechtswissenschaft und Gesetzwissenschaft schuldig. Um eine Kriminalgesetzwissenschaft zu erhalten, können nicht die Grundsätze eines idealen Kriminalrechts mit denen des positiven vereinigt werden; (woraus am Ende doch nur ein ungestaltetes, unharmonisches Ganze hervorgehen könnte) sondern es soll viel-

die Grenzen des objectiven Rechts kann der Richter nie hinausschweifen; nur die Analyse der po=

mehr zur Erreichung jenes Zwecks der innere Zusammenhang und Geist einer positiven Gesetzgebung dargestellt werden, und darum muß das positive Recht dem idealen geradezu entgegengestellt werden, damit durch den Kontrast der Geist lebendiger hervortrete. Eine Bearbeitung der Gesetzwissenschaft muß daher **kritisch** seyn. Dies ist aber auch der höchste Standpunkt für ihren Bearbeiter. — In der Rechtswissenschaft hingegen soll das Ideal einer vollendeten Rechtsorganisazion aufgestellt werden, und der Blick des Bearbeiters derselben darf nicht durch die Versuche abgezogen werden, die zur Erreichung jenes Ideals gemacht sind. — Das ideale Recht steht in seiner Vollendung ganz unabhängig da. Die Grundsätze desselben wollen nicht etwa das armselige Geschäft einer subsidiarischen Aushülfe vertreten; sie **fordern** unbedingte Anwendung ihrem ganzen Umfang nach, aber diese kann ihnen nicht werden, so lange das ideale Recht selbst noch nicht realisirt ist. — Eine andre ganz unabhängige Frage aber ist es, ob der Rechtsgelehrte, der dieses hohen Namens würdig seyn will, sich mit einer Kenntniß des Positiven, mit der bloßen Gesetzkunde begnügen, und der Rechtswissenschaft entbehren könne. — Sie beantwortet sich von selbst. — Für das Leben und für die Anwendung bedarf er nur der erstern; aber er soll mehr als für die Gegenwart sorgen; er soll seine Nation und die Menschheit zu der Reife der

sitiven Gesetzgebung ist ihm vergönnt, und nur diese liegt ihm ob. — Wir können daher die Bildung erziehen und emporheben, wodurch die Realisirung des idealen Rechts möglich gemacht wird. Darum muß er das Ideal in seiner Brust tragen, welches er allein als Gesetzgebung anerkennt. —

Auch für die Rechtsgeschichte (es ist von einer esoterischen die Rede, die allein jenen Namen verdient) sind neue und höhere Ansichten eröffnet worden. Indem ein doppelter Gesichtspunkt aufgezeigt ist, aus dem die bestehenden Gesetzgebungen aufgefaßt werden können, in deren wechselseitiger Durchdringung aber allein wahre Vollendung zu hoffen ist, ist zugleich die Möglichkeit einer kritischen Behandlung des Historischen, einer kritischen Geschichte dargethan worden. Nicht nur die allmählichen Evolutionen des Rechts müßten darin hervortreten, sondern es müßte auch der Abstand vom Punkt der Vollendung, vom Ideal immer bezeichnet werden. — Diese Anforderungen an einen Bearbeiter der Rechtsgeschichte strebte der Verfasser, so weit dies in der Bearbeitung eines speciellen Theils des großen Ganzen möglich ist, in einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft zu erfüllen, wovon er nächstens dem Publikum den ersten Theil vorlegen wird, und wodurch er einem lange und tiefgefühlten Bedürfnisse einigermaßen abzuhelfen hofft. Wenigstens ist er sich eines redlichen Strebens zum Ideale bewußt,

Frage, welches die Quelle sey, woraus der Richter bei Bestimmung einer arbiträren Strafe die Gründe seines Urtheils schöpfen müsse, schon jetzt im Allgemeinen so beantworten: Die Grundsätze der positiven Kriminalgesetzgebung allein dürfen sein Urtheil bestimmen. —

Vergleichen wir jetzt damit das Princip, welches Feuerbach als Leitstern für den Richter aufstellt, wo er von der Führung der positiven Gesetze verlassen zu seyn scheint —: „Die Gründe der Strafbarkeit in abstracto, — heißt es nach dem Obigen — sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto; oder: aus den-

das er sich selbst aufstellte, eben so bewußt freilich, wie weit er hinter ihm zurückgeblieben sey. — Aber man entschuldige ihn nachsichtig mit den unendlichen Schwierigkeiten einer solchen Arbeit, die ihm um so schwerer zu überwinden seyn mußten, da er keinen Vorgänger hatte. — Seine Arbeit macht daher auch auf die Nachsicht Anspruch, die einem ersten Versuch nicht versagt werden darf. —

Es bedarf für den Tieferblickenden keiner Bemerkuug weiter, wie viel wichtige und fruchtbare Folgen jene Trennung des idealen vom objectiven Recht, für die Anwendung im Leben und für die Gesetzwissenschaft haben, und wie viel sie zur Berichtigung der bisherigen Ansichten über viele äußerst wichtige Gegenstände beitragen müsse. —

selben Gründen, nach welchen der Gesetzgeber die Strafbarkeit beurtheilt, nach denselben Gründen muß sie auch der Richter beurtheilen." — Seine Argumente für dieses Princip sind folgende:

„Wenn der Gesetzgeber — sagt er, Revision Th. 1 S. 196 u. fg. — nach gewissen Principien die Größe der Strafe bestimmt (nnd dies geschieht immer, wenn er bestimmte Strafgesetze gibt) so ist hierin nach dem Satze des Widerspruchs die Erklärung enthalten, daß jene Principien die Gründe seyen, nach welchen die Größe der Strafe bestimmt werden solle. Er erkennt durch die Gebung des Strafgesetzes jene Principien als giltige Gründe der äußern bürgerlichen Strafbarkeit an. Wenn er nun ein unbestimmtes Strafgesetz gibt, was erklärt er anders dadurch, als daß nach jenen allgemeinen, von ihm anerkannten Principien der Strafbarkeit die Strafe bestimmt werden solle?" — „Ein entgegengesetzter Sinn würde den Gesetzgeber mit sich selbst in Widersprüche verwickeln; denn sollten die gesetzgeberischen Principien der Gebrauch zur Bestimmung der Strafe nicht seyn, so müßte entweder nach gar keinen oder nach andern Principien die Strafe in

concreto bestimmt werden sollen. Daß das erste unmöglich sey, wurde schon gezeigt; durch das Letzte würde der Oberherr erklären, daß die Gründe der Strafbarkeit, welche seine bestimmten Strafgesetze begründen, Gründe der bürgerlichen Strafbarkeit seyen, und doch auch nicht seyen. Das erste erklärte er durch das bestimmte Strafgesetz, das letzte durch das unbestimmte. Sind also die den bestimmten Strafgesetzen zum Grunde liegenden Principien Gründe der bürgerlichen Strafbarkeit, so müssen sie es auch dann seyn, wenn die Strafe erst in concreto bestimmt werdeu soll. —

Sehen wir auf das Princip der Gesetzgebung seinem Gehalt nach, so wird dies über allen Zweifel erhoben. Wir haben gezeigt, daß nicht die Pflichtwidrigkeit der Handlung, sondern allein die Gefährlichkeit derselben der Grund aller bürgerlichen Strafbarkeit sey. Denn jene macht nur den Grund der moralischen Strafe aus, welche mit der bürgerlichen ja nicht verwechselt werden darf. Daraus folgt denn auch, daß nicht die Größe der Pflichtwidrigkeit, nicht der Grad der Immoralität der Handlung, sondern allein der Grad der Gefährlichkeit das Princip seyn könne, nach welchem die gesetzliche

Strafe bestimmt wird." — „Kann nun wohl ein Verbrechen, dessen Strafbarkeit nur in concreto beurtheilt werden soll, einen andern Maaßstab des Urtheils haben." — „Die Quelle, aus welcher wir diese Lehre unseres peinlichen Rechts schöpfen müssen, wäre also gefunden. Es ist dieselbe Quelle, aus welcher der Gesetzgeber selbst schöpft." —

Es sey uns erlaubt, das einzige Wörtchen schöpft, in geschöpft hat, zu verwandeln, und wir sind ganz mit Feuerbach einverstanden. In der angeführten Argumentation scheint uns der Gegensatz zwischen objectivem und idealem Recht ganz aufgehoben und beiden eine gleiche Giltigkeit zugeschrieben zu seyn. Nur unter dieser Voraussetzung war es möglich, eine Prüfung des Historischgiltigen unsrer positiven Kriminalgesetze zu unterlassen, und nur die Forderungen eines idealen Kriminalrechts, die doch nur an den Gesetzgeber gerichtet sind, auszusprechen, unbekümmert um die Uebereinstimmung zwischen beiden. — Wahr ist es, die Principien der Strafbarkeit, die uns Feuerbach mit philosophischem Scharfsinn aus der Natur der bürgerlichen Strafe mit steter Hinsicht auf die sinnliche Natur des Menschen (die ja überhaupt die Grenze der juridischen Welt bildet) und auf den

Zweck des Staats entwickelte, *) sollten jeder Kriminalgesetzgebung zum Grunde liegen; denn sie sprechen Forderungen des idealen Kriminalrechts aus, so weit es nach dem jetzigen Standpunkt der philosophischen Rechtslehre und unsrer Kultur ausgebildet worden ist. Darum sehen wir freudig das Gebäude in harmonischer Zusammenstimmung seiner Theile vollendet sich erheben; darum fassen wir die gerechtesten Hoffnungen auf die Gesetzgebung, die als die Schöpfung des philosophischen Rechtsgelehrten sich bewähren, und das Ideal in die Wirklichkeit einführen wird; denn bis jetzt steht wenigstens die gemeine deutsche peinliche Gesetzgebung in himmelweitem Abstande von dem Ideal, welches Feuerbach aus der Fülle seines reichen Geistes schöpferisch hervorrief. —

Oder wäre jene Beschuldigung unsrer positiven Kriminalgesetzgebung ungerecht? — Sollten ihr vielleicht dennoch die geläuterten Grundsätze der Kriminalrechtsphilosophie zum Grunde liegen? — Wir fürchten, nur eine flüchtige Ansicht dieser Gesetzgebung werde das Gegentheil nur zu deutlich ergeben. —

*) M. s. die Revision Th. 2 Kap. 8 u. 10 u. das Lehrbuch des gem. in D. giltigen peinl. Rechts, § 102 — 125.

Wie sollen wir denn, dürfen wir fragen, mit jenen geläuterten Grundsätzen so manche unsrer positiven Gesetze vereinigen, die offenbar nur der verkehrtesten Ansicht von der Natur und dem Zweck der Strafen ihre Entstehung verdanken; die die Strafe als eine von Seiten des Staats im Namen des Verletzten ausgeübte Rache betrachten; die beinahe überall das Uebersinnliche mit dem Sinnlichen, die Moral mit dem Rechte vermischen, und die Strafen nicht nach dem Grade der Illegalität einer Handlung, sondern ihrer Immoralität bestimmen, und ihre Gefährlichkeit in Beziehung auf den Staat kaum als einen zweiten untergeordneten Maßstab hin und wieder gelten lassen! —

Will man einzelne Beläge für diese harten Beschuldigungen: man darf sie nicht mühsam aufsuchen. Man betrachte z. B. nur die harten, ja grausamen Strafen, die unsre positiven Gesetze den sogenannten Carnalverbrechen, vorzüglich der naturwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebes drohen, zu deren Maßstab doch einzig die Immoralität jener Handlungen genommen seyn kann, durch die der Mensch seine innere Würde verletzt, und sich zu den Bestien und unter sie herabwürdigt. — Man erwäge ferner die Strafen, welche der Blasphemie und anderen Immoralitäten der Art als solchen gedroht sind,

die Justinian unter dem allgemeinen Namen teuflischer Ueppigkeiten (luxuriae diabolicae) begreift, in deren Gefolge er Hungersnoth und Erdbeben und Pestilenz erblickt, und vor denen er alle seine Unterthanen väterlich warnt, damit sie nicht des ewigen Heils ihrer Seelen verlustig gingen, (ne perdant animas suas. Nov. 77) und die auch Maximilian im R. A. von 1495 nach demselben Maßstabe mißt. — Man erwäge endlich so manche Stellen der römischen und deutschen peinlichen Gesetze, wo z. B. deshalb die Strafe an dem Orte des begangenen Verbrechens vollzogen werden soll, damit die durch das Verbrechen Verletzten, oder doch ihre Anverwandten sich zum Ersatze an den Qualen des Verbrechers weiden können; und man wird jene Beschuldigungen nur gerecht finden. Wir könnten die Beläge dafür häufen; aber es wird uns weiter unten obliegen, tiefer in den Geist unsres positiven Kriminalrechts einzudringen, und darum wollen wir uns selbst hier nicht vorgreifen. —

Also diese Kriminalgesetzgebung ward nicht auf philosophischen Principien über das Wesen und den Zweck der bürgerlichen Strafe begründet; dies ist das Resultat einer flüchtigen Ansicht, das wir kühn annehmen dürfen. — Nun so müssen wir auch dem Richter bei Normirung der

unbestimmten Strafe einen Maßstab gänzlich verbieten, der allein aus der Natur der bürgerlichen Strafe hergenommen ist. Wir müssen ihn zurückweisen in die engen Grenzen, womit ihn das objective Recht umschließt, damit er nicht Gefahr laufe, sich über seinen Beruf zu erheben. Er soll analysiren, nicht synthetisiren; der Grundbegriff aber der Analyse ist das Princip, welches, der positiven Gesetzgebung wirklich zum Grunde liegt, nicht das aber, welches ihr nach den Forderungen des idealen Rechts zum Grunde liegen sollte. — Möge er sich dieser Anforderungen der Kriminalrechtsphilosophie immer bewußt seyn; nur desto lebendiger und bestimmter wird dann der Geist des gegenüberstehenden objectiven Rechts hervortreten; und desto weniger wird dann der Richter in Gefahr seyn, sich über dasselbe zu erheben. — Daß ihm dies nicht vergönnt sey, das könnten wir jetzt noch mit derselben Argumentation darthun, die Feuerbach für seine Behauptung geführt hat, wenn es uns überhaupt noch eines Beweises für jenen Satz zu bedürfen schiene. —

Wenn es aber nach den Aussprüchen der Rechtsphilosophie nur Einen Maßstab und Ein Princip der bürgerlichen Strafbarkeit geben kann, und wenn eine Prüfung unsrer positiven Gesetzgebung dann ergibt, daß dieses Princip ihr nicht

zum Grunde liege! — — Nun so müssen wir freilich eingestehen, daß wir kaum noch bürgerliche Strafgesetze haben, die diesen Namen verdienten; daß die Seculargesetzgebung himmelweit vom Ideale abstehe, und daß auf dem jetzigen Standpunkt der Kultur und der Entwicklung der Menschheit die Reform der Kriminalgesetzgebung eins der dringendsten Bedürfnisse sey. —

Also die Aussprüche der Rechtsphilosophie sind es nicht, die den Richter leiten dürfen. Aber sie können es auch nicht. Denn jene Aussprüche selbst sind noch zu schwankend, zu wenig in sich vollendet und begründet, um unbedingt allgemeine Anerkennung fordern zu können. Wer weiß es denn nicht, daß der Kampf der Meinungen noch immer unermüdet fortgesetzt wird, daß die trefflichsten Männer der Nation noch immer nicht sich zu einmüthiger Verehrung der Göttinn vereinigen konnten, die sie doch alle mit gleich redlichem Sinn zu erkennen streben. — Noch immer konnte der scharfsinnige und hochverdiente Grolmann sich nicht entschließen, den Kampf für die von ihm zuerst in ihrer ganzen Konsequenz dargestellte Praeventionstheorie aufzugeben, wiewohl sie in der Gestalt, worin er sie zuletzt aufgestellt, immer mehr mit Feuerbach's, nach unsrer subjectiven Ueberzeugung einzig wahren

Theo-

Theorie, verschmilzt. — Noch immer hört man hin und wieder das Princip der Widervergeltung, wonach die Strafe als Selbstzweck betrachtet wird, als das einzig wahre und richtige vertheidigen; noch immer konnten Viele nicht dahin gelangen, sich bis zu dem Standpunkt zu erheben, wo Moral und Recht als gänzlich von einander geschieden erscheinen. — Sehen wir doch noch im neunzehnten Jahrhundert von einem um die peinliche Gesetzwissenschaft sonst sehr verdienten Mann einen Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuch, der kaum der Kultur der Wissenschaft, wie sie in der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts war, zu entsprechen scheint; sprach doch um eben die Zeit ein denkender Rechtsgelehrter, aus reiner Scheu vor dem Idealen, das Urtheil aus: das sey der einzig richtige und beste Maßstab der Strafen, der von der Nachlust des Beleidigten hergenommen sey!! —

Gestehen wir es also frei, daß auch das Reich der Wissenschaft den Frieden und die Einheit noch nicht errungen habe, die wir im Leben so schmerzlich vermissen! Wie wollen wir aber denn den gewöhnlichen Richtern, die leider die Mehrzahl bilden, es zumuthen, sich sichern Schrittes aus dem Labyrinth widerstreitender Meinungen herauszufinden; wie dürfen wir von

ihnen jene Freiheit und Stärke des Geistes erwarten, die erhaben über die Täuschungen und Bestechungen des Herzens die That des Verbrechers nur im Verhältniß zum Strafgesetz erblickt; wenn sie die Moralität einer Handlung noch immer als Maßstab der Strafbarkeit vertheidigen hören! — Und welch ein buntes, abentheuerliches Gemisch, von so Gott will, Rechtssprüchen, wird dann entstehen, wenn Jeder, an die Aussprüche der Rechtsphilosophie verwiesen, der Fahne des Meisters folgend, der er schwor, nach seinen Aussprüchen die Strafen normiren zu müssen glaubt? — Wäre aber auch Eintracht im Reiche der Wissenschaft, wären wir alle über die höchsten Principien eines idealen Kriminalrechts einverstanden, wonach alsdann die arbiträren Strafen zu bestimmen seyn würden; dann würde die Empörung gegen das positive Gesetz nur um so auffallender erscheinen. — Jene rohen, grausamen Gesetze, die uns ein fernes Jahrhundert überlieferte, sollen wir unbedingt anwenden, ohne über die höchsten Principien des Rechts zu vernünfteln; aber so bald sie nicht unbedingt sprechen, soll die Herrschaft der Philosophie in ihrem ganzen Umfange eintreten! Wahrlich, wenn wir so die Produktionen der Rechtsphilosophie des sechszehnten und neunzehnten Jahrhunderts zu einem Ganzen vereinigen, was gäbe es denn, was die

ser Zusammensetzung an Abentheuerlichkeit und Monstrosität gleich käme! —

6.

Die von uns aufgestellte Behauptung, daß nur der Geist der positiven Gesetzgebung den Richter bei Bestimmung der willkürlichen Strafe leiten dürfe, und ihn allein sicher leiten könne, scheint uns nunmehr bis zur Evidenz dargethan worden zu seyn. Aber wir dürfen hier unsere Untersuchung noch nicht schließen; wir lassen den Richter in einem weiten Gebiet zurück, worin allein feste und bestimmte Regeln ihn vor Verirrungen bewahren können. —

Läge unsrer positiven Kriminalgesetzgebung Ein festes Princip zum Grunde, wornach mit immer gleicher Konsequenz das Maß der Strafen bestimmt wäre, so würden die Regeln sehr einfach seyn, die wir für den Richter aufzustellen haben. — Aber so ist es nicht. Ueberall erblicken wir ein Gewebe von Widersprüchen und Inkonsequenzen; denn bald ist z. B. die Sündlichkeit einer Handlung zum Maßstab der Strafe genommen, bald ihre Gemeinschädlichkeit und Gefährlichkeit, und so wird oft der Richter ungewiß zwischen mehreren Principien der Straf-

barkeit schwanken, die sämmtlich von der positiven Gesetzgebung gebilligt worden sind. —

In dieser Verlegenheit ist es die Analogie der einzelnen Gesetze, die er sich zunächst zur Führerinn erwählen muß." —

Von besondrer Wichtigkeit erscheint diese Analogie der Gesetze in Beziehung auf unsre deutsche peinliche Gesetzgebung, auf die peinliche Gerichtsordnung Karls V. — Kaum bedarf es hier noch erinnert zu werden, denn es ist schon oft gesagt (und selbst ihr Name sagt es aus) daß der Verfasser dieser Gerichtsordnung kein eigentliches Gesetzbuch in peinlichen Fällen geben, sondern nur das Verfahren der peinlichen Gerichte bestimmen wollte, die, wie alle Institute jener Zeiten, das Gepräge des hierarchischen Despotismus tragen, durch Gebräuche karakterisirt wurden, mit denen der Geist unsrer Zeiten sich nicht versöhnen kann. — Die eigentlichen Strafsanctionen, welche die Carolina enthält, sind nur gesetzliche Bestätigungen der Strafen, die für einzelne Verbrechen schon durch alte Gewohnheiten sancirt waren. — Darum begnügt sich der Gesetzgeber, nur einzelne Beispiele von Verbrechen einer gewissen Gattung zu geben, und für jedes einzelne Verbrechen die Strafe festzusetzen, ohne den allgemeinen Begriff eines Verbrechens

zu bestimmen, und daraus die einzelnen Arten desselben abzuleiten. —

Aber der Richter muß in der Anwendung, wo er mit den vom Gesetzgeber gegebenen Beispielen nicht ausreichte, die positive Gesetzgebung ergänzen. Daß dieses nur durch das Mittel der positiven Gesetzgebung selbst von ihm geschehen könne, nicht durch Anwendung des idealen Rechts, sahen wir oben. — Darum muß er aus den einzelnen Beispielen selbst erst den allgemeinen Begriff entwickeln, um dann unter diesem mehrere einzelne Fälle vereinigen zu können, als selbst in der Gesetzgebung genannt und (ausdrücklich) für strafbar erklärt sind. —

Daraus ergibt sich denn aber auch von selbst, daß diese Subsumtion einzelner Fälle unter den von ihm selbst zwar gefundnen, aber nicht erfundnen, allgemeinen Begriff durch feste Regeln beschränkt sey. Sie ist überall nur möglich, wenn zwischen den einzelnen, von dem Gesetzgeber benannten Fällen, und den unbenannten eine materiale und formale Aehnlichkeit vorhanden ist; wenn die gleichen äußern Merkmale des Falls, der gleiche Grund des Gesetzes eintritt; denn sonst ist die Zusammenstellung und Vereinigung unter Einem Begriff unmöglich. — Nur dies ist das Mittel, wie der Richter, ohne aus der beschränkten Sphäre seiner Thätigkeit

herauszugehen, die Mängel der Gesetzgebung ergänzen kann. Aber das sonst schwankende Hülfsmittel des Analogisirens ist ihm hier nicht nur vergönnt, es ist ihm sogar zur Pflicht gemacht; die allgemeinen Begriffe, die ihm eine vollendete Gesetzgebung schon fertig gibt, soll er sich hier aus einzelnen gegebnen Beispielen abstrahiren, und so auf demselben Grund, wie der Gesetzgeber, fortbauend, den Bau vollenden, den seine Sorglosigkeit oder Trägheit unbeendigt ließ? — Wäre dieses Geschäft des Analogisirens immer leicht; ließen sich mit eben der Genauigkeit und Sicherheit aus einzelnen Beispielen allgemeine Begriffe entwickeln, als sich umgekehrt aus diesen jene ableiten lassen: so würden wir, in dieser Hinsicht wenigstens, das Bedürfniß einer vollkommnern Gesetzgebung nicht so tief empfinden, und die Gewißheit des Rechts nicht entbehren, die in einem wohlorganisirten Staate nicht vermißt werden darf. — Aber jenes Hülfsmittel ist trüglich und schwankend, und nur weil es das einzige ihm vergönte ist, muß der Richter zu ihm seine Zuflucht nehmen, um die Gesetzgebung zu ergänzen. —

Dies ist aber nur erst Ein Nutzen der Analogie der einzelnen Gesetze. — So wie der Richter durch sie im Allgemeinen, die Strafbarkeit auch unbenannter Handlungen erkennt, so muß

er nun auch nach ihr die Größe der Strafbarkeit sowohl der unbenannten Fälle, als der nur im unbestimmten Gesetz benannten beurtheilen und bestimmen. Er muß auch hierin ihrer Führung so lange als möglich folgen, weil sie ihn am sichersten leiten wird. — Durften und mußten wir nehmlich der Analogie der Gesetze das wichtige Recht zugestehen, die Strafbarkeit von Fällen zu bestimmeu, die kein Gesetz (ausdrücklich) einer Strafe unterworfen hat, weil sie mit andern in Strafgesetzen benannten Handlungen gleiche äußre Merkmale an sich tragen, weil bei ihnen der gleiche, gesetzliche Grund eintritt: so können wir auch nicht, ohne inconsequent zu seyn, ihr den Einfluß auf Bestimmung der Größe der durch sie gefundnen Strafbarkeit versagen, der ihr billig zukommt. — Und ist auch hier die analogische Anwendung der bestimmten Strafgesetze in dieselben Schranken eingeschlossen, wie da, wo nach ihr das Urtheil über die Strafbarkeit ungenannter Fälle ausgesprochen werden soll. So wie wir also, wenn wir die Frage, ob eine ungenannte Handlung überhaupt strafbar sey oder nicht, nach der Analogie der Gesetze entscheiden wollen, darauf zurücksehen müssen, ob die in diesen einzelnen Gesetzen genannten Fälle und die ungenannte Handlung dieselben äußern Merkmale an sich tragen, ob dasselbe Ob-

ject der Rechtsverletzung, dieselbe Art der Läsion, dieselbe Triebfeder bei beiden vorhanden sey; ob bei beiden derselbe gesetzliche Grund der Strafbarkeit eintrete, (da nur durch diese doppelte Uebereinstimmung die Folgerung der Strafbarkeit gezogen werden darf,) ehe wir das Urtheil fällen dürfen. Der Gesetzgeber hätte bei mehr Konsequenz und Aufmerksamkeit die ungenannte Handlung eben sowohl für strafbar erklären müssen, als die im Gesetz benannten; aber so müssen wir, wenn wir die Größe einer vom Gesetzgeber zwar ausgesprochnen, aber nicht näher bestimmten Strafbarkeit nach der Analogie eines einzelnen bestimmten Gesetzes ermessen wollen, zuerst untersuchen, ob auch hier zwischen dem Fall des bestimmten Gesetzes und dem im unbestimmten Gesetz benannten eine materiale und formale Verwandtschaft begründet sey. So müssen wir in der letztern Hinsicht sorgfältig prüfen, ob wir nicht in Gefahr sind, besondere Bestimmungen, denen der Gesetzgeber nur aus eigenthümlichen Gründen und in Beschränkung auf gewisse Fälle Giltigkeit verlieh, den Charakter der Allgemeinheit und Allgemeingiltigkeit zu ertheilen. Wir müssen uns daher wohl hüten, solche Verordnungen, die in besondern Zeitumständen, Ortsverhältnissen u. s. w. ihren Ursprung hatten, oder nur auf eine gewisse Klasse von

Verbrechen (z. B. auf die gewissen Stände) berechnet sind, auch über ihre beschränkte Sphäre ausdehnen zu wollen. — Immer muß also der Fall des unbestimmten Gesetzes unter den besondern Begriff der Art, oder den allgemeinen der Gattung sich subsumiren lassen, die im Gesetz mit einer bestimmten Strafe bedroht sind, ehe von dieser bestimmten Strafe die Norm für die unbestimmt gelaßne mit Sicherheit hergenommen werden kann. —

Wir sagen absichtlich: nur eine Norm hergenommen werden kann. — Denn wenn Feuerbach gegen die eben näher beschriebne analogische Anwendung eines bestimmten Strafgesetzes, um danach die Größe einer arbiträren Strafe zu bestimmen, den Einwurf macht, daß durch eine solche analogische Anwendung der eigenthümliche Charakter eines unbestimmten Gesetzes gänzlich vernichtet werde, welches dem Richter die Pflicht auflege, ganz nach seinem Ermessen, und mit steter Hinsicht auf die individuellen Umstände jedes einzelnen Falls die Strafe zu bestimmen, weil sonst aller Unterschied zwischen dem bestimmten und dem unbestimmten Strafgesetz aufgehoben werde: so würden wir der Stärke dieser Gründe kaum etwas entgegenzusetzen haben, wenn es unsre Meinung wäre, daß der Buchstabe des bestimmten Gesetzes auf den Fall des un-

bestimmten ohne irgend eine Modifikation hinübergezerrt werden solle. — Allein das sey ferne! — Der Richter ehre das Zutrauen des Gesetzgebers, der es seiner Einsicht überließ, für einen einzelnen Fall eine diesem ganz angepaßte, mit allen besondern Umständen der That innig harmonirende Strafbestimmung zu schaffen; aber er schweife deshalb, was ihm in einem auch noch so unbestimmt gefaßten Gesetz nicht zugestanden ist und seyn kann, nicht über die beschränkte Sphäre seiner Thätigkeit hinaus; er vernachlässige nicht die Obersätze, die zur Bestimmung seines Urtheils in den Gesetzen mehr oder weniger offen daliegen, unter die er auch die Fälle der unbestimmten Gesetze subsumiren muß, wenn auch nicht mit Ausschließung aller Rücksicht auf die besondern Modifikationen des einzelnen Falls. — Er nehme daher aus der Disposition des bestimmten Gesetzes, wenn zwischen den darin enthaltnen Fällen, und denen des unbestimmten materiale und formale Verwandtschaft nicht vermißt wird, nur einen Maßstab für die Bestrafung der letztern her; er wähle nicht leicht eine andre Art der Strafe, als die ihm durch das analog bestimmte Gesetz indicirt ist; aber bei Bestimmung des Grades dieser Strafe vergesse er nie das Spiel tausendfach wechselnder Nüancen und Modifikazionen, wel-

che die seinem Ermessen überlaßne Strafe zurückstrahlen und wiederholen soll. *) —

*) Auf eine andre Art und aus andern Gründen vertheidigt Thibaut (Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts. Hamburg 1802. S. 66) die von Feuerbach verworfne analogische Anwendung der Verordnung des bestimmten Gesetzes, auf den Fall des unbestimmten Gesetzes. — „Die analogische Anwendung der Grundsätze und Vorschriften eines bestimmten Gesetzes auf einen unter ein unbestimmtes Gesetz gehörigen Fall — heißt es daselbst — hebt den Charakter eines unbestimmten Gesetzes auch gar nicht auf. Unbestimmt ist dasselbe, in sofern es ein genus indefinitum von Fällen unter sich begreift, für welche keine generische Strafe überhaupt bestimmt festgesetzt ist. Daß die Entscheidung eines Falles nach Analogie eines bestimmten Gesetzes geschieht, hebt nun ja aber offenbar die Unbestimmtheit des Gesetzes selbst nicht auf, denn dies bleibt im Ganzen und als Regel, nach wie vor so unbestimmt, als es von Anfang war." — Auch scheint es, als werden Feuerbach's Einwürfe dadurch mehr umgangen, als widerlegt. Denn, abgesehen davon, daß durch Entscheidung aller nnter dem unbestimmten Gesetz begriffnen Fälle nach der Analogie bestimmter Gesetze, die Regel doch endlich erschöpft werden, und also die Unbestimmtheit des Gesetzes in der That am Ende aufhören würde, sind Feuer-

So wird also der Richter, der bei der Normirung einer arbiträren Strafe im Allgemeinen in die engen Grenzen der positiven Gesetzgebung eingeschlossen ist, diese Grundsätze am sichersten auffassen, wenn er zuvörderst die unter dem unbestimmten Gesetz begriffnen Fälle, von der Analogie geleitet, unter ein bestimmtes Gesetz zu subsumiren sucht, worin der Gattung, wovon das unbestimmte Gesetz nur eine Art oder einzelne Fälle enthält, eine bestimmte Strafe gedroht ist. — Denn wir sahen schon oben, daß nicht Ein festes und unwandelbares Princip unsrer positiven Gesetzgebung zum Grunde liege, wornach die Strafbarkeit aller einzelnen Handlungen konsequent abgemessen sey; sondern daß oft bei einer einzelnen Klasse von Verbrechen ein besonderer Maßstab zur Beurtheilung der Strafbarkeit der unter ihr begriffnen Handlungen angenommen sey. Und darum eben erscheint die Analogie des bestimmten Gesetzes von so großer Wichtigkeit für den Richter, da sie allein ihn bei der

bach's Argumente gerade dagegen gerichtet, daß die Entscheidung auch nur eines einzigen Falls jemals nach der Analogie eines bestimmten Gesetzes geschehen könne, da bei der Entscheidung eines jeden die Berücksichtigung der individuellen und besondern Umstände dem Richter im unbestimmten Gesetz zur Pflicht gemacht sey. —

Klassifikation der im unbestimmten Gesetz enthaltnen Fälle sicher zu führen vermag. —

7.

Wo nun aber der Richter von der Analogie der einzelnen bestimmten Gesetze verlassen wird, wo die geforderte doppelte (materiale und formale) Verwandtschaft zwischen den Fällen des unbestimmten Gesetzes und denen irgend eines bestimmten Gesetzes umsonst gesucht wird, welcher Führung soll er da sich vertrauen? — Dies ist die Frage, deren Beantwortung uns zunächst obliegt. —

Nach Allem, was wir vorausgeschickt haben, kann die Auflösung dieses Problems nicht mehr schwer seyn. — Wir sehen, daß der Richter in den Kreis des Positiven fest verbannt, daß ihm als Richter der Eintritt in das Land des idealen Rechts ewig versagt sey, und daß er darum nur aus der bestehenden Gesetzgebung seine Entscheidungen schöpfen kann. — Wo also der Maßstab, womit die Strafbarkeit einer einzelnen Klasse von Handlungen gemessen werden, nicht anwendbar ist, da kann allein der Geist, der innere Zusammenhang der ganzen Gesetzgebung der Führer des Richters, die Begrenzung

seiner Willkühr seyn. — Wie er aber innerhalb dieser Grenze die Bestimmungen seines Urtheils finden könne, wird uns unten zu zeigen obliegen, wo überhaupt die Regel für die Anwendung der von uns aufgestellten Grundsätze zu entwickeln sind. Dort werden wir auch Gelegenheit haben, des bisher absichtlich von uns übergangnen Unterschiedes mit ein Par Worten zu erwähnen, der in Hinsicht auf die Begrenzung der richterlichen Willkür zwischen absolut willkürlichen und relativ willkürlichen Strafen (poenae simpliciter arbitrariae — secundum quid arbitrariae) obwaltet.

Aber auch die Frage verdient hier berührt zu werden, wenn sie auch eigentlich jenseits der Grenzen dieses Versuchs liegen sollte: ob nehmlich der Richter aus dem Geist der ganzen Gesetzgebung die Strafbarkeit einer Handlung erkennen könne, die ein bestimmtes Gesetz so wenig ausdrücklich einer Strafe unterworfen hat, als sie durch die Analogie stillschweigend für strafbar erklärt ist; und ob er also dem zufolge sie wirklich einer Strafe unterwerfen könne? —

Diese Frage aber scheint uns durchaus verneint werden zu müssen, und wir tragen kein Bedenken, aus innigster Ueberzeugung allen den Gründen beizutreten, die schon Feuerbach (Revision Th. 2, S. 16 — 25) für die vernei-

nende Beantwortung derselben aufgestellt hat. — Wollten wir dem Richter jene Befugniß zugestehen, so würden wir ihn ganz aus seiner Sphäre herausreißen, und zum Gesetzgeber erheben. Er wäre nicht mehr von den Fesseln des Positiven gehalten, sondern schweifte frei im Reich des idealen Rechts. Denn der Geist der positiven Gesetzgebung kann ihn nur da leiten, wo aus der Analogie einzelner bestimmter Gesetze die Strafbarkeit eines ungenannten Falls sich erkennen läßt; dann ist es aber nicht mehr der Geist der ganzen Gesetzgebung, sondern nur eines Theils, der gleichsam ein eignes Ganze bildet, und einem eigenthümlichen Charakter trägt. — Es kann uns auch nicht eingeworfen werden, daß wir ja eben selbst den Richter an den Geist, den der innere Zusammenhang der ganzen Gesetzgebung ergibt, verwiesen haben. Es geschah dies nur, in sofern von der Größe der Strafbarkeit, die durch keine analoge bestimmte Strafsanction ausgemittelt werden konnte, die Rede war; aber wir setzten dabei voraus, daß das Urtheil über die Strafbarkeit überhaupt schon im (unbestimmten) Gesetz ausgesprochen sey. —

So erscheint also dieser Theil unsrer Untersuchung, worin die Grenzen der richterlichen Willkür bei Normirung arbiträrer Strafen bezeichnet werden sollten, als geschlossen. — Aus positiven

Gesetzen konnte die Entscheidung aller der Fragen, die hier gelöst werden mußten, *) nicht genommen werden, sondern es mußte vielmehr vor dem Forum der Philosophie die Frage über die Giltigkeit der positiven Gesetze selbst verhandelt werden. — Wir fanden aber, daß es außer dem positiven Gesetz kein reales Recht gebe; darum mußten wir den Richter in die Grenzen des positiven Rechts einschließen, und ihm nur aus diesem seine Urtheile zu schöpfen gebieten. — Ueber die Hauptfrage kann also im positiven Recht nichts entschieden seyn; denn es würde sonst zugleich als Parthei und als Richter erscheinen. Den Aussprüchen der Philosophie aber kann also eine Prüfung der Aussprüche des positiven Rechts über unsren Gegenstand, zu der wir

*) Daß hier noch viel weniger von der Praxis die Rede seyn konnte, dieser launenhaften Tyranninn, die, wie eine schöne Gebieterinn keinen andern Grund ihrer Gebote kennt, als ihre — Laune, versteht sich von selbst. — Wer ihr huldigt, für den bedarf es überall keiner wissenschaftlichen Untersuchungen. Es ist begreiflich, wie sehr sich der Alltagsmensch in ihrer Sklaverei gefallen müsse, da sie gefällig ihn aller Mühe des Denkens überhebt, und alle gordische Knoten leicht — durchschneidet! —

wir jetzt übergehen, von Interesse für uns seyn, in wiefern sie als Folgerungen aus den höheren Grundsätzen, die uns bei unsrer Untersuchung leiteten, erscheinen. —

8.

Die Bestimmungen, welche die römische und deutsche Gesetzgebung über unsern Gegenstand enthalten, sind durchaus übereinstimmend mit den Resultaten, die wir auf dem Wege unsrer Untersuchung gefunden haben. Die einzelnen Stellen, die hieher gehören, sind überzeugende Beweise, daß die Gesetzgeber von eben den Ansichten ausgegangen seyn müssen. —

Zwar will man gewöhnlich aus einem Fragment der Pandekten (Fr. 11 D XLVIII. 19) beweisen, daß der Richter da, wo das Gesetz gänzlich unbestimmt sey, und aus ihm die Frage über die Strafart und den Strafgrad nicht entschieden werden könne, nur an die allgemeinen Grundsätze von dem Verhältnisse der Strafen zur Strafbarkeit gebunden sey, welche das sogenannte natürliche Kriminalrecht aufstelle. *) In

*) Marcian ist's, der sich in dieser Stelle also vernehmen läßt: „Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam

diesem und einem andern Fragment über (Fr. 16 D XLVIII. 19) soll der Kern der philosophischen Grundsätze über jenes Verhältniß enthalten seyn. *)

Wir vermögen nun freilich diesen Sinn in den angeführten Stellen nicht zu finden. Marcian und Claudius Saturninus scheinen uns darin den Richtern bloß den guten Rath ge-

causa deposcit; nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est; sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat statuendum." — Wie wag und unbestimmt diese Worte sind, ist klar, aber eben darum waren sie den Rechtslehrern so willkommen, die nun alles Mögliche damit beweisen; so wird z. B. der Beweis daraus geführt, daß der Richter auch das bestimmte Gesetz nicht anwenden dürfe, ohne auf den in concreto vorhandnen Grad der Strafbarkeit Rücksicht zu nehmen, der durch einen größern oder geringern Grad der Willensfreiheit, womit das Verbrechen verübt wurde, bestimmt werden soll. — Ueber die Auslegung der angeführten Gesetzstellen vergl. man Feuerbach Revision Th. 1, S. 360 — 368.

*) „Sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis — heißt es in dem zuletzt angeführten Fragment, — causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu. — In diesen wenigen Worten, sagt man, stecke eine ganze Kriminalrechtsphilosophie. —

ben zu wollen, da, wo ihrer Willkür Raum gelassen sey, die kleinsten Forderungen der Gerechtigkeit zu erfüllen, und niemals nach dem Ruf weder einer großen Strenge, noch einer großen Milde zu streben. Darum müsse der Richter denn wohl prüfen, ob ein Verbrechen dolos oder culpos sey u. s. w. — Läge aber auch in diesen Fragmenten wirklich der Sinn, den Einige ihnen unterlegen wollen, so scheint es doch aus allem, was wir bisher gesagt haben, sattsam hervorzugehen, daß ein solcher Ausspruch ganz bedeutungs- und wirkungslos bleiben müßte. Es gibt kein Recht, als durch das Gesetz und im Gesetze, und nur die Gesetze können daher dem Richter einen sichern Maßstab der Strafbarkeit geben, den er bei Bestimmung der willkürlichen Strafe anwenden darf. —

Sehr deutlich ist dagegen in den Gesetzen der Befugniß erwähnt worden, die dem Richter zustehen solle, nach der Analogie einzelner bestimmter Gesetze auch ungenannte Fälle für strafbar zu erklären, und wirklich zu strafen. — Es sey uns erlaubt, nur einige von vielen in den Gesetzen enthaltnen Beispielen der analogischen Anwendung anzuführen. So unterscheidet z. B. Modestin in dem Fr. 7 D XLVIII. 4 zwischen solchen Handlungen, die ausdrücklich im Gesetz für strafbar erklärt sind (delicta, quae

ex scriptura legis descendunt) und solchen, deren Strafbarkeit nur aus der Analogie des Gesetzes gefolgert wird (quae ad exemplum legis vindicanda sunt. — So bestimmt Marcian in dem Fr. 3 D XLVIII. 9 die Verwandtschaftsverhältnisse, auf welche die Sanktion der Lex Pompeja de Parricidiis ohne Bedenken ausgedehnt werden könne; so erklärt Macer in dem Fr. 8 D XLVII. 12 die Entweihung eines Grabmals für eine Art der in der Lex Julia de vi publica mit Strafen bedrohten Gattung von Handlungen. — Und so ließen sich noch mehr Citate häufen, die klar und bestimmt für die Analogie der Gesetze reden. —

Auch die peinliche Gerichtsordnung Karls V. gestattet die analogische Anwendung der einzelnen Gesetze. So heißt es im Art. 104 derselben: „Aber sonderlich ist zu merken, in was sachen oder derselben gleichen unser Keyserlich Recht keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib, oder glidern setzen oder verhengen, das richter und urtheyler darwider auch niemandt zum todt, oder sunst peinlich straffen." — Denn schon oft ist es mit Recht bemerkt worden, daß wenn die Worte: „oder derselben gleichen" überhaupt einen Sinn haben sollen, sie nur von der

analogischen Anwendung der Gesetze verstanden werden können.

Auch die obige Bemerkung, daß der Richter sich hüten müsse, eine specielle Verordnung, die auf besonderen und eigenthümlichen Gründen beruhe, analogisch anzuwenden, auf Fälle, wo diese eigenthümlichen Gründe nicht eintreten, und ihm so wider den Willen des Gesetzgebers Allgemeingiltigkeit unterzuschieben, ist in unsern positiven Gesetzen widerholt worden. Denn so verstehen wir die Worte Paul's in dem Fr. 14 D I. 3: „Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.“ —

Wo nun aber der Richter sich von der Analogie der einzelnen Gesetze verlassen sieht, da wird er auch von den Gesetzgebern an den innern Zusammenhang der ganzen Gesetzgebung verwiesen, um in ihrem Geist die Urtheile zu fällen. Davon scheint uns Julian in den Fr. 10. 12 D I. 3 zu reden. „Neque leges — sagt er — neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt, contineri. — Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa eorum sententia manifesta

est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet.“ —

Einen andern Sinn vermögen wir auch nicht in dem bekannten 105ten Artikel der P. G. O. zu finden. *) — Item ferner ist zuuermerken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nochuolgenden artikeln nit gesetzt oder gnugsam erklärt oder verstendig wer, sollen Richter und Urtheyler (so es zu schulden kompt) raths pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverstendtlichen fellen, unsern keyserlichen Rechten, und diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheilt werden soll, und alßdann jre erkandtnuß darnach thun. Wann nit alle zufellige erkantnuß und straff in diser vnser ordnung gnugsam mögen bedacht und beschriben werden.“

Es versteht sich, daß diese Verordnung nur

*) Bekannt sind die Verhandlungen, welche zwischen Kleinschrod, Grolmann und Feuerbach über die Auslegung der Artikel 104 und 105 der P G. O. geführt sind. Wir verweisen deshalb auf Kleinschrod's System. Entw. Th. 2, § 118. 119. auf Grolmanns Bibliothek d. p. R. B. 1. St 1. N 2. „Ueber doctrinelle Gesetzauslegung, und dessen Krminalrechtswissenschaft, § 165 (2te Aufl.) und auf Feuerbach's Revision, Th. 2, S. 26 u. fg. —

von den Fällen zu verstehen sey, wo zwar die Strafbarkeit einer Handlung in einem unbestimmten Gesetz im Allgemeinen ausgesprochen ist, allein die Größe der Strafe entweder ganz unbestimmt blieb, oder nicht deutlich genug erklärt und festgesetzt wurde. Nur in wie fern also die Größe einer schon vom Gesetzgeber ausgesprochenen Strafbarkeit zu bestimmen ist, wird der Richter an den Geist der ganzen Gesetzgebung (Gesetzgebungsanalogie) verwiesen. Keineswegs aber mögten wir mit Grolman jenem Artikel den Sinn unterlegen, als sey dem Richter die Befugniß darin zugestanden, auch solche Handlungen für strafbar zu erklären und zu bestrafen, die kein Gesetzgeber weder ausdrücklich, noch stillschweigend, einer Strafe unterworfen hat, wenn ihn der Geist der positiven Gesetzgebung darauf hinführe. Denn es zwingen uns selbst die Worte dieses Artikels nicht, einen Sinn anzunehmen, der den Richter zum Gesetzgeber erheben, und so den ersten Grundsätzen der Rechtsphilosophie und den Aussprüchen der Gesetze selbst geradezu widersprechen würde. —

9.

Wenn die von uns aufgestellten Principien über die Begrenzung, welche die richterliche Willkür, bei Bestimmung arbiträrer Strafen, durch die positive Gesetzgebung erhält, nunmehr hinlänglich begründet sind; so ergibt es sich von selbst, wie ernstlich sich der Richter bestreben müsse, in den innersten Zusammenhang und Geist unsrer allgemeinen Kriminallegislation tiefer einzudringen, da durch diese allein seine ungebundne Willkür gefesselt werden soll. Er muß sich daher einen Katalog der in ihr angedrohten Strafen bilden, da er aus diesen auch die Strafen der unter den unbestimmten Gesetzen begriffnen Fälle wählen muß; er muß das Verhältniß dieser Strafen zu einander erforschen, um von ihnen auf die Wichtigkeit der Verbrechen (in der Idee der Gesetzgeber) und auf das von ihnen angenommne Verhältniß derselben zu einander zurückschließen zu können, da in den positiven Gesetzen keine ausdrückliche Klassifikation derselben aufgestellt ist; er muß endlich den Maßstab kennen, wonach der Gesetzgeber das Verhältniß der Strafe zum (einzelnen) Verbrechen bestimmt hat, da er durchaus verbunden ist, denselben Maßstab anzuwenden, wenn er den dem

Grade des Verbrechens angemeßnen Grad der willkürlichen Strafe ausmitteln will. —

Eine Darstellung des Geistes unsrer positiven Kriminallegislation in diesen drei verschiednen Beziehungen würde reichhaltigen Stoff zu einem eignen ausführlichen Werke gewähren. Diese wird man daher hier, wo es uns nur darum zu thun war, im Allgemeinen die Grenzen zu bezeichnen, welche die richterliche Willkür bei Bestimmung einer willkürlichen Strafe beschränken, nicht erwarten. Indeß liegt es uns ob zu zeigen, daß eine solche Darstellung, wenn auch schwer, doch nicht unmöglich sey, und daß der Richter auch innerhalb der von uns festgesetzten Grenzen durch bestimmte Regeln geleitet werden könne. — Wir wollen daher versuchen, in einer flüchtigen Skizze die Hauptmomente anzudeuten, auf die uns eine sorgsame Prüfung unsrer positiven Kriminalgesetze in den verschiednen, von uns angegebnen Beziehungen, geführt hat. —

Leicht ist zuvörderst die Aufzählung und Zusammenstellung der einzelnen, in der Gesetzgebung gebilligten Strafmittel. — Zur Erleichterung einer allgemeinen Uebersicht ist es nothwendig, sie in gewisse Klassen zu bringen. Am füglichsten geschieht diese Klassifikation nach der Verschiedenheit des Guts, welches sie dem Verbre-

cher gänzlich entziehen, oder doch schmälern. — Daher erhalten wir die Eintheilung in Lebensstrafen, Leibesstrafen, Ehrenstrafen, Vermögensstrafen, Freiheitsstrafen. — Alle diese Gattungen von Strafen sind in unsern Gesetzen gebilligt worden; jede aber begreift wieder mehrere Arten unter sich; und darum müssen wir sie jetzt einzeln, so weit es unser Zweck erfordert, betrachten. —

Lebensstrafen. — Wenn die Humanität die gänzliche Aufhebung der Todesstrafe fordert; und wenn diese dagegen durch die Bedürfnisse des Staats dennoch in einigen Fällen sanktionirt wird: so sind wir doch darin wenigstens einverstanden, daß sie von keinen zwecklosen Grausamkeiten begleitet seyn dürfe. — Aber dieser Forderung der Menschlichkeit entsprechen unsre positiven Gesetze nicht. Sie kennen innerlich und äußerlich qualificirte Todesstrafen. Zu den erstern gehören (nach ihrer Ansicht,) nur das Säcken, (das schon lange nicht mehr angewandt worden,) Rädern, Verbrennen, Viertheilen und Lebendigbegraben, (das gleichfalls außer Gebrauch gekommen. —) Nach den Ansichten unsrer Zeiten würden auch die Strafe des Schwerts und des Stranges zu den qualificirten Todesstrafen gerechnet werden müssen; und nur die Strafe des Beils, da sie allen Erfahrungen zu

Folge die sicherste und schnellste Art zu tödten ist, als die einzige rechtmäßige Art der Todesstrafe erscheinen. — Von äußern Qualifikationen der Todesstrafen finden wir in den Gesetzen erwähnt: Schleifen zur Gerichtsstätte, Zangenkneipen, Flechten des Körpers auf das Rad, und Aufsteckung des Kopfs oder der Hand auf einen Pfahl, Verbrennen des Leichnams u. s. w. — Es leidet keinen Zweifel, daß der Richter, der eine willkürliche Strafe zu bestimmen hat, so wie er nach der Analogie der Gesetze und dem Geist der ganzen Gesetzgebung oft die Todesstrafe zu erkennen gezwungen seyn wird, eben so auch zur Erkennung einer innerlich oder äußerlich qualificirten Todesart gedrungen seyn kann. Nur in sofern einzelne jener Qualifikationen außer Gebrauch gekommen sind, verlieren sie ihre Anwendung auch für ihn. —

Leibesstrafen. — Dahin gehören die verstümmelnden Strafen, deren unsre Gesetze mehrere nennen, z. B. das Abhauen der Hand, Abschneiden der Finger, Ausstechen der Augen u. s. w. Wir eilen bei diesen Grausamkeiten vorüber, die unserm Zeitalter fremd geworden sind, und die daher auch der Richter bei Bestimmung der willkürlichen Strafe anzuwenden, nicht gezwungen seyn kann. — In dieser Klasse stehen ferner die körperlichen Züchtigungen, zu denen

der Stockschilling (virgindemia) und Staupenschlag gehört. Selten wird der Richter da, wo das Erkenntniß seiner Willkür überlassen ist, in die Lage kommen, diese Art der Strafen anwenden zu können. So oft nehmlich die peinliche Gerichtsordnung der „aushawung mit rutten" erwähnt, so oft verbindet sie auch damit die Landesverweisung. Diese aber ist theils außer Gebrauch gekommen, theils verliert sie überhaupt in Deutschland ihre Anwendbarkeit, wo, wenn auch der Alle umschlingende und zu einem Ganzen vereinigende Reichsverband aufgelöſ't ist, dennoch die einzelnen Staaten meist in engern Bundesverhältnissen zu einander stehen. — Mit der Landesverweisung müßte dann auch der neue in Verbindung mit ihr genannte Staupenschlag zugleich wegfallen. — Einfache körperliche Züchtigungen können zwar oft im Geist eines Verbrechens liegen; aber der Richter wird hier meist durch die Rücksicht auf die Analogie der Gesetze und auf den Geist der Gesetzgebung gebunden seyn. Denn wo die Kriminalpolitik höchstens eine mäßige körperliche Züchtigung diktiren würde, da wurden die Urheber unsrer positiven Gesetze, vom Gesichtspunkt der Immoralität der Handlung ausgehend, meist auf eine unendlich härtere Strafe geleitet, und der Richter, der in den Zauberkreis des objectiven Rechts gebannt, eben

denselben Maßstab bei dieser Klasse verbotner Handlungen anwenden muß, wird daher auch gewöhnlich statt der durch das Verbrechen indicirten körperlichen Züchtigung auf Verlust der Freiheit oder wohl gar des Lebens erkennen müssen. —

Ehrenstrafen. — Wir theilen sie zur leichtern Uebersicht in entehrende, welche das vollkommne Recht auf Ehre gänzlich entziehen, und in Ehrenstrafen im engern Sinn, die das Ehrgefühl bloß kränken, ein. — Die entehrenden Strafen zerfallen nach den verschiednen Arten der Ehre wieder in mehrere Unterarten. So wie es nehmlich eine besondre Standes- und Amtsehre außer der gemeinen Bürgerehre gibt, so gibt es auch Strafen, die nur die erstere ohne die letztere entziehen. Dahin gehört z. B. Amtsentsetzung, Verlust der Adelsrechte, Ausschließung aus dem geistlichen Stande u. s. w. Oder sie entziehen auch die gemeine Bürgerehre (Infamie). Die Infamie ist entweder eine selbstständige Strafe, und wird sodann entweder durch die richterliche Sentenz begründet, oder durch andre Handlungen des Staats gegen den Verbrecher, die als Symbole der Entehrung betrachtet werden, durch Ausstellung an dem Pranger, Anschlagung des Namens an den Galgen, öffentliche Zerbrechung der Standes- und Rangsehren-

zeichen durch den Schinder, Brandmarken und unehrliches Begräbniß. — Oder die Infamie ist nur Folge andrer Strafen. Die gemeine Volksmeinung und die Praxis in Deutschland rechnen alle Strafen hieher, die durch Schindershand vollzogen werden. — Die das Ehrgefühl kränkenden Strafen sind entweder bloß demüthigend und beschämend, wie Verweis, Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung, Kirchenbuße, oder auch beschimpfend, wie das gemeine Halseisen, oder der Strafpfahl, (der vom Pranger unterschieden werden muß). Die ältere Praxis kannte noch mehrere Arten solcher beschimpfenden Strafen, z. B. Tosterstein, Geige, Trillhäuschen, Austrommeln u. s. w.; eben so pflegte sie durch mancherlei Qualifikationen die bloß beschämenden Strafen in beschimpfende umzuwandeln; beides hat aber die neuere Praxis verworfen.

Vermögensstrafen. — Sie zerfallen in die eigentlichen Geldstrafen (mulctae), und in die Konfiskation eines Theils, oder des gesammten Vermögens. Sie sind in römischen und deutschen Gesetzen gebilligt, und werden in der Praxis nur zu häufig angewandt.

Freiheitsstrafen. — Als einzelne Arten derselben kennen Gesetze und Observanz: Relegationen im weiteren Sinn, welche Konfinationen (Verstrickungen) und Verweisung (exilium) un-

ter sich begreifen. Diese kann bald Stadt-, bald Landesverweisung u. s. w. seyn. Die Konfinationen kennt die heutige Praxis mehr als Sicherungsmittel und sogenannte Sicherheitsstrafen. Die Verweisungen hingegen sind mit der Errichtung und bessern Organisation der Zuchthäuser immer seltner geworden. — Gefängnißstrafe. — Sie enthält entweder bloß eine negative Freiheitsbeschränkung, so daß der Verbrecher nicht zur Aufwendung seiner Kräfte zur Verrichtung ihm aufgegebner Arbeiten gezwungen wird; oder sie geht über in Zuchthausstrafen, wo der Verbrecher zu regelmäßigen Arbeiten angehalten wird. — Endlich gehört auch in diese Klasse noch die Strafe der öffentlichen Arbeiten. —

Dies ist der Katalog der in unserm gemeinen deutschen peinlichen Rechte und in der Gewohnheit begründeten Strafen. Aeußerst schwierig aber ist es, was wir zunächst zu versuchen versprechen, das wechselseitige Verhältniß dieser Strafen zu einander zu bestimmen. Es ist hier nicht die Rede davon, wie nach allgemeinen Principien dies Verhältniß zu bestimmen sey. Immer wird und muß in dieser Hinsicht viel Willkürliches bleiben, und alle Versuche, die da-

zu gemacht sind, können nur als individuelle Ansichten angesehen werden. *) Sondern es soll vielmehr aus den positiven Gesetzen die Ansicht entwickelt werden, welche die Gesetzgeber geleitet hat. Wir müssen also alle die Stellen zusammensuchen, worin ausdrückliche Aussprüche über das Verhältniß der Strafen zu einander enthalten sind; denn es ist klar, daß nur diese uns hier Aufschluß geben können. Woraus sollten wir auch Folgerungen ziehen, und auf ein angenommenes Verhältniß schließen können? — Etwa aus der Beschaffenheit der Verbrechen, denen verschiedne Strafen gedroht sind? — Allein eben den Maßstab, womit die Gesetzgeber die Strafbarkeit der Handlungen gemessen haben, wollen wir erst kennen lernen aus dem Gehalt und der Bedeutung ihrer Strafsanctionen. Nur da allenfalls

*) Die Willkürlichkeit dieser Versuche könnte man schon aus dem Widersprechen derselben unter einander errathen. Man vergl. z. B. Quistorp: Versuch einer richtigen Bestimmung des Verhältnisses der gemeinen im Deutschen üblichen Strafen gegen einander (in dessen Beiträgen u. s. w. Nro. XVII.) und das, was Kleinschrod (System. Entw. Th. 3, Kap. 10) und die bei ihm angeführten Schriftsteller über denselben Gegenstand enthalten. —

falls, wo für verschiedne Abstufungen und Modificationen eines und desselben Verbrechens verschiedne Strafen bestimmt gedroht wären, könnten gegründete Folgerungen gezogen werden auf das angenommene Verhältniß der Strafen zu einander. Aber gerade die Strafbestimmungen für einzelne Modifikationen eines Verbrechens sind meist der Willkür des Richters überlassen worden.

Aeußerst dürftig und mangelhaft sind die ausdrücklichen Bestimmungen, welche römische und deutsche Gesetze über die Proportion der Strafen zu einander enthalten. Am vollständigsten handeln indeß jene davon. Wichtig ist in dieser Hinsicht das Fr. 28 D XLVIII. 19 *)

*) Wir wollen die einzelnen hieher gehörigen Stellen dieses Fragments ausheben: pr.: „Capitalium poenarum fere isti gradus sunt: summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio: item vivi crematio, (quod quamquam summi supplicii appellatione merito contineretur, tamen, quod postea id genus poenae adinventum est, posterius primo visum est,); item capitis amputatio. Deinde proxima morti poena metalli coercitio. Deinde in insulam deportatio.“ — § 13. 14: „In exulibus gradus poenarum constituti, edicto Divi Hadriani: ut qui ad tempus relegatus est, si redeat in insulam relegetur; qui relegatus in insulam excesserit, in

So weit geht wenigstens aus diesem Fragment hervor, daß der Tod als die härteste unter allen Strafen betrachtet werden müsse. Das andre Extrem, die gelindeste Strafe, ist uns in einer andern Stelle des römischen Gesetzbuches, in Fr. 131 § 1 D L. 16 *) angedeutet. Dies sind die Geldstrafen, die den eigentlich sogenannten

insulam deportetur; qui deportatus evaserit, capite puniatur. — Ita et in custodiis gradum servandum esse, idem Princeps rescripsit: id est, ut qui ad tempus damnati erant in perpetuum damnarentur; qui in perpetuum damuati erant, in metallum damnarentur: qui in metallum damnati id admiserint, summo supplicio afficerentur." —

*) „Inter multam autem et poenam multum interest cum poena generale nomen sit, omnium delictorum coercitio; multa specialis peccati, cujus animadversio hodie pecuniaria est: poenae autem non tantum pecuniariae, verum capitis et existimationis irrogari solent; et multa quidem ex arbitrio ejus venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est: quinimo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item multam dicere potest, cui judicatio data est. Magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere, mandatis permissum est: poenam autem unus quisque irrogare potest, cui hujus criminis sive delicti executio competit." —

Strafen, welche im Gesetz festgesetzt seyn mußten, wenn der Richter darauf erkennen wollte, in diesem Fragment geradezu entgegengesetzt werden, deren Bestimmung der Willkür des Richters mithin anheim gegeben wird. —

Eben so läßt sich aus dem vorhin angeführten Fragment und einigen andern damit in Verbindung zu setzenden Stellen *) das Verhältniß der verschiednen Todesstrafen unter einander bestimmen. — Diese überhaupt bilden die schwerste Art der Capitalstrafen. Ihnen folgt zunächst die damnatio in metallum oder in opus metalli. — Diesen die deportatio in insulam, und die Verurtheilung in öffentliche Arbeiten auf Lebenslang, (nur die damnatio in metalla ist ausgeschlossen, die schon in der zweiten Klasse steht,) welche die dritte Klasse bilden. **) — Zur Klassifikation der übrigen Strafen aber, welche unter dem Namen non capitales in den Gesetzen begriffen werden, sind keine gesetzliche Bestimmungen vorhanden. ***) — Überhaupt wird die ganze Klassifikation wieder dadurch sehr

*) Vergl. Paulus R. S. V. 23.

**) Fr. 17. F. 28 § 6. Fr. 34 D. XLVIII. 19. — Fr. 6 D XLIX. 15. —

***) Vergl. überhaupt Matthaeus de Crimin. ad L. XLVIII. tit. 18 c. 1. nro. 9 seqq.

schwankend, daß nach der Verschiedenheit der Geburt und des Standes die Strafe jedesmal ängstlich modificirt worden ist. Denn es werden nicht nur Sklaven und Freie, sondern unter den Letzteren auch humiliores und honestiores sorgfältig unterschieden. Was aber beide Klassen von Personen von einander geschieden habe, wissen wir nicht bestimmt; was indeß in der Hinsicht, in welcher es uns hier um die Kenntniß der Klassifikation der Strafen zu thun ist, welche die römischen Gesetze angenommen haben, von nur geringem Nachtheil seyn kann. —

Noch weit weniger Bestimmungen enthält die peinliche Gerichtsordnung Karls V., woraus sich eine bestimmte Klassifikation der einzelnen Strafmittel mit einiger Gewißheit annehmen lasse. Denn falsch würde der Schluß seyn, daß, wenn, wie es sich häufig findet, mehrere Strafen in Einem Artikel genannt und mit einander verbunden sind, der Gesetzgeber sie stillschweigend dadurch einander gleich gesetzt habe. Gewöhnlich ist nehmlich in diesen Artikeln, welche relativ unbestimmte Verordnungen enthalten, den Richtern geboten worden, auf die Individualität des einzelnen Falls genaue Rücksicht zu nehmen, und für diese aus der Zahl der im Gesetze genannten Strafen die passendste auszuwählen

und genau zu modificiren. *) Uebrigens darf eine solche Klassifikation der Strafen in der Carolina am wenigsten erwartet werden, die überhaupt aus Scheu, das von den Zeitgenossen vergötterte römische Recht anzutasten, beinahe immer nur die Strafsanktionen des letztern wiederholt, oder auf dieselben verweis't. Wir müssen daher uns einzig auch an das römische Recht halten, um die Klassifikation der Strafen kennen zu lernen. Wo aber in diesem ausdrückliche Bestimmungen darüber fehlen, da dürfen wir den römischen Gesetzgebern, wenn keine aus einer Eigenthümlichkeit der Verfassung hervorgehende Gründe ihr Urtheil anders motiviren mußten, unsre eigne Ansicht unterlegen.

Auf diesem Wege wird es uns möglich werden, wenigstens im Allgemeinen die in den Gesetzen angenommene Klassifikation der Strafmittel zu entdecken. Und so wird es uns denn auch gelingen, in die Ansichten der Gesetzgeber von der Strafbarkeit der einzelnen Handlungen tiefer einzudringen und das Princip zu ergründen, welches ihnen den Maßstab gab für das Verhältniß der Strafe zum Verbrechen. — We-

*) Darnach mag man den Werth der Bestimmungen beurtheilen, welche v. Quistorp im Eingang seines oben angeführten Versuches giebt. —

nigstens wollen wir einen Versuch machen, auf diesem Wege den Geist der positiven Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen zu erforschen. —

Wenn nach dem Obigen die Todesstrafe als die härteste aller Strafen in den Gesetzen anerkannt ist, und unter ihren einzelnen Qualifikationen wiederum die Strafen des Feuers und des Viertheilens als die härtesten erscheinen; so ergibt sich daraus von selbst, daß z. B. Hochverrath, Münzfälschung, Hostienraub, Sodomie, (deren erstem die Strafe des Viertheilens, den übrigen die des Feuers gedroht ist,) in der Ansicht der Gesetzgeber sämmtlich auf Einer Stufe der Strafbarkeit, und zwar der höchsten standen. — Das Princip, wornach die Größe der Strafbarkeit dieser Handlungen abgemessen ist, ist nicht schwer zu errathen. Nur Irreligiosität und Immoralität der Handlung kann hier Maßstab der Strafe gewesen seyn. Nur aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, wird eine Zusammenstellung nicht befremden, die unter einem jeden andern nur als höchst barok erscheinen kann. Die strafende Gerechtigkeit erscheint hier als Stellvertreterinn und Rächerinn der Gottheit, die nach den religiösen Ansichten jenes Jahrhunderts durch die unmittelbare oder mittelbare Verletzung der Majestät eben so sehr

beleidigt werden mußte, als durch ein Sakrilegium, oder durch Begehung eines Lasters, wogegen sie selbst geeifert hatte. Daher darf man sich denn auch nicht wundern, wenn z. B. Blasphemie, die Entweihung des Gottesdienstes (turbatio sacrorum), und Magie auf gleicher Stufe der Strafbarkeit mit Todtschlag, Raub u. s. w. stehen.

Erst wenn die Forderungen der zürnenden Gottheit befriedigt waren durch Rache an ihrem Verächter, konnte Sicherheit des Staats ein Princip zur Bestimmung der Strafbarkeit seyn. Bei allen denjenigen Klassen von Handlungen, wodurch man die Gottheit nicht unmittelbar verletzt wähnte, scheint die Gemeingefährlichkeit und Gemeinschädlichkeit einer Handlung den Maßstab zur Strafbestimmung gegeben zu haben. — Darum wird z. B. der Brandstiftung eine härtere Strafe gedroht, als selbst dem Morde (jener die Strafe des Feuers, diesem die Strafe des Rades); darum nimmt das römische Recht, das überhaupt die Gemeingefährlichkeit geradezu bei dem Verbrechen der Brandstiftung für das Princip der Strafbarkeit anerkennt (Fr. 9 D XLVII. 9) hier Rücksicht auf den Ort, wo das Feuer angelegt wurde, und hält die Brandstiftung für strafbarer, die intra oppidum geschah, als die, wodurch nur eine casa oder villa gefährdet

ward. — Eben dieses Princip war auch der Grund der Auszeichnung und härtern Bestrafung des sogenannten furti periculosi *) und so ließen sich die Beispiele häufen, welche die öftere Annahme jenes Princips zur Bestimmung der Strafbarkeit beurkunden. — Dabei erscheint noch als untergeordneter Maßstab der Werth des Guts, das durch die verbotne Handlung gekränkt wurde. Man sieht es aus den positiven Strafsanktionen, daß die Gesetzgeber in einer Klassifikation der verschiednen Güter das Leben voranstellten, diesem die Freiheit, zunächst die Integrität des Körpers, und endlich Eigenthum und Ehre folgen ließen. — So verschieden aber der objective Maßstab war, wonach die Gesetzgeber die Strafbarkeit der Handlungea maßen, eben so verschieden muß auch der subjective Maßstab gewesen seyn. —

Schon aus dieser flüchtigen Skizze wird es sich ergeben, wie weit unsre positive Gesetzgebung vom Ideale abstehe. — Ungerecht würde es freilich seyn, was nur zu oft geschehen ist, von dem Standpunkt unseres Zeitalters aus, und im Ge-

*) Man vergl. Feuerbach's Betrachtungen über den 159. Art. der p. G. O. in der Bibliothek für d. p. R. W. Bd. II. St. I Nro. 2. — und dessen Lehrbuch d. p. Rs. 3te Aufl. § 326. Not. b.

gensatz des Ideals einer Gesetzgebung, wie es uns die Rechtsphilosophie aufstellt, unsre positive Legislation würdigen, und so ein unbedingtes Verdammungsurtheil über sie aussprechen zu wollen. Nie werden wir zu einer unbefangnen Ansicht und Würdigung derselben uns erheben, wenn wir uns nicht ganz in jenes Zeitalter zu versetzen vermögen, worin sie hervorging. In diesem Zeitalter herrschte ein andrer Geist, als in dem unsrigen, der Geist einer höher strebenden Religiosität, deren Charakter allen Instituten jener Zeit aufgedrückt ist. Wir aber haben die Fesseln des Glaubens an das Historischgiltige zersprengt, und wollen nur der Philosophie, die wir selbst auf den Thron erhoben, unterthan seyn. — Welch einen verschiednen Charakter die Produktionen beider Zeitalter tragen müssen, ergibt sich mithin von selbst.

Uns sollte diese Betrachtung hier nur dazu dienen, um zu zeigen, wie wenig wir berechtigt sind, den Gesetzgebern jener Zeiten unsre Ansichten unterzulegen, wo sie ihre eignen, nicht deutlich und geradezu aussprechen. — Es ist ein durchaus entgegengesetztes Princip, das sie bei Bestimmung der Strafbarkeit der Handlungen zum Grunde legten. Freilich ist in dieser Gesetzgebung wiederum keine Einheit, das erste Princip haben sie inkonsequent wieder verlassen, um

ein zweites zum Grunde zu legen; aber wir müssen bedenken, aus welchen ungleichartigen Massen diese Gesetzgebung zusammengesetzt sey, und welch einen verschiednen Geist römisches und deutsches Recht in seinen ursprünglichen Bildungen athme. Wenn nun aber der Richter in die Grenzen des objectiven Rechts eingeschlossen ist, so ergibt es sich jetzt von selbst, wie wichtig ihm beim Mangel der Harmonie in unsrer positiven Gesetzgebung die Analogie der einzelnen Gesetze seyn müsse, die ihn, wenn er den Fall des unbestimmten Gesetzes richtig klassificirt, auf die Grundsätze und auf das Princip leiten wird, welches allein zur Bestimmung der Strafbarkeit bei dieser Klasse von Handlungen angewandt worden ist.

Es bleibt uns selbst noch der dritte Punkt der Untersuchung übrig; nehmlich, nach welchen Grundsätzen die Urheber unsrer positiven Gesetze die Strafbarkeit gleichartiger Rechtsverletzungen abgemessen haben; welches ihnen daher, nach der möglichen doppelten Ansicht des Verbrechens, nach seiner Quantität und Qualität, die objectiven und subjectiven Gründe der Strafbarkeit gewesen seyn, wornach sie die Strafe selbst abstuften. — Diese objectiven und subjectiven

Gründe der Strafbarkeit gleichartiger Handlungen können aber nur abgeleitete Grundsätze aus den allgemeinen objectiven und subjectiven Gründen der Strafbarkeit überhaupt seyn. —

Es sind hier die Ansichten der Gesetzgeber über die Grade der Strafbarkeit des vollendeten und unvollendeten Verbrechens, des Urhebers und der Gehülfen, des Dolus und der Culpa anzudeuten. —

Die verschiedne Strafbarkeit des vollendeten und unternommnen Verbrechens, worauf uns die Principien eines allgemeinen Kriminalrechts hinführen, ist schon in unsern positiven Gesetzen anerkannt worden. *) Freilich stehen mehrere

*) P. G. O. Art. 178: „So sich Jemand einer Missethat mit etlichen scheinlichen Werken, die zur Vollendung derselben dienlich seyn mögen, untersteht, und doch an Vollbringung derselben Missethat durch andre Mittel wider seinen Willen verhindert würde, solcher böser Wille, daraus etliche Werke folgen, ist peinlich zu strafen; aber in einem Fall härter denn in dem andern, angesehen Gelegenheit und Gestalt der Sachen.“ —

Sonderbar ist es übrigens, wenn Servin (de la legislation criminelle, Tom. 1. Chap. 1), Filangieri (Scienza della Legislazione, Tom. IV. Cap. 37.) Cremani (de Jure Criminali, Tom. 1. P. 1. C. 5) u. A., die Giltigkeit des Satzes, daß das versuchte Verbrechen (worunter sie besonders

Sanktionen der römischen Gesetzgeber (man vergl. z. B. D XLVIII. 8 Fr. 3 § 1. — XLVIII. 9 Fr. 1. — Cod. IX. 8 C. 5. — I. 3 C. 5 und l. 12 C. 6) diesem Ausspruch der P. G. O. entgegen; denn in ihnen ist jeder Versuch zu den genannten Verbrechen, selbst der entfernteste, für eben so strafbar, als das vollendete Verbrechen selbst, erklärt worden. Darum haben denn auch die Praktiker, die die endliche Entscheidung einer streitigen Frage nur in der Praxis zu finden wissen, durch Bezeugung des Nichtgebrauchs jener Gesetze ihre Unanwendbarkeit darthun wollen, oder von einer Aufhebung der römischen Verordnungen durch den entgegenstehenden Art. 178 der P. G. O. gesprochen, und so den Knoten leicht zu lösen geglaubt. — Allein höchstens die gewöhnlichen Schuleintheilungen des Conats in das vorbereitete, angefangne und geendigte Verbrechen (delictum attentatum, — inchoatum — perfectum) scheint dieser Artikel zu rechtfertigen; allein von einem korrektorischen Gesetz trägt er auch nicht die geringste Spur an sich, und es scheint daher, als müßten die Verordnungen der

den sogenannten conatus proximus verstehen) eben so strafbar sey, als das vollendete, aus höhern Gründen darzuthun verzweifelnd, diesen Beweis aus positiven Gesetzen führen wollen. —

römischen Gesetze, welche jeden, auch den entferntesten Versuch, dem vollendeten Verbrechen gleich stellen, allerdings als geltend, aber nur als Ausnahmen von der im 178. Artikel der P. G. O. festgesetzten Regel betrachtet werden. Auch die Behauptung läßt sich aus diesem Artikel rechtfertigen, daß alle Strafbarkeit hinwegfalle, wenn die Vollendung des Verbrechens vom Verbrecher aus eignem innern Antriebe unterlassen wurde. *)

Urheber. — Gehülfen. — Das allgemeine Kriminalrecht bestimmt die höhere Strafbarkeit des Urhebers, da seine Thätigkeit unmittelbar auf die Hervorbringung einer Rechtsverletzung gerichtet ist, während die Thätigkeit des Gehülfen (selbst des sogenannten Hauptgehülfen) nur negative Ursache der Existenz des Verbrechens ist. — Der 177ste Artikel der P. G. O. **)

*) Vergl. Feuerbach. Lehrb. d. p. Rs. § 111. — Nach Grolmann's Interpretation dieses Artikels soll ein solcher Versuch, der aus eignem Antrieb des Verbrechers nur Versuch blieb, nur nicht peinlich bestraft werden. — S. dessen Kriminalrechtswissenschaft, (2te Aufl.) § 169. —

**) „So jemand einem Missethäter zu Uebung einer Missethat wissentlicher und gefährlicher Weise einigerlei hülfr. Beistand, oder Förderung, wie das

scheint stillschweigend die Giltigkeit jenes Grundsatzes anzuerkennen, indem die Gehülfen nach Beschaffenheit der geleisteten Beihülfe, und überhaupt nach der Individualität des einzelnen Falls bestraft werden sollen. Dadurch werden denn auch die Eintheilungen der Socien, welche die Schule gemacht hat, gerechtfertigt. — Aber das römische Recht enthält auch hier wieder Anomalien. Betrachtet man eine Reihe von Gesetzstellen, z. B. Fr. 8. 9. § 2. Fr. 14 D XLVIII. 5. Fr. 6. D XLVIII. 13. Fr. 6 § ult. D XLVIII. 15. Fr. 1 D XLVIII. 4. Fr. 36 § 1 D XLVII. 2. — const. 1. C. IX. 28. — const. 5 § 6. C. IX. 8. — const. 1. C. IX. 24. und andre mehr: so findet man Urheber und Gehülfen auf eine gleiche Stufe der Strafbarkeit gestellt. — Darum hat man denn auch hier wieder von einer Unanwendbarkeit der Gesetze gesprochen; weil — sie in der Praxis nicht angewendet würden, oder zu der willkürlich aufgestellten Behauptung seine Zuflucht genommen, jene Sanctionen des römischen Rechts seyen durch die allgemeine Dis-

alles Namen hat, thut, ist peinlich zu strafen, als sich aber versteht, in einem Fall anders, dann in dem andern; darum sollen in diesen Fällen die Urtheiler mit Berichtung der Verhandlung, auch wie solches an Leib oder Leben soll gestraft werden, als obsteht, Raths pflegen."

position der P. G. O. aufgehoben worden. — Allein auch hier stehen die vorigen Bedenklichkeiten entgegen. Der Artikel 177 der Carolina ist zu allgemein gefaßt, als daß man annehmen könnte, das römische Recht habe darin aufgehoben werden sollen. Darum müssen denn auch die Dispositionen desselben als geltend, jedoch nur als Ausnahmen von der in der Carolina gebilligten Regel betrachtet werden, die auch das römische Recht indeß in einigen andern Dispositionen (z. B. const. 1 C. IX. 38. const. 1 § 2 C. IX. 13) anzuerkennen scheint.

Noch mehrere Divergenzen des objectiven und idealen Rechts offenbaren sich hier. Sollen nehmlich die Grade der Strafbarkeit der Coauctoren (wo die Strafe nicht schon im Gesetz festgesetzt ist), bestimmt werden: so leiten uns die Grundsätze eines allgemeinen Kriminalrechts auf mehrere Abstufungen der Strafbarkeit, noch Verschiedenheit der Thätigkeit der Auctoren zur Realisirung der Rechtsverletzung. Daher die Unterscheidung zwischen dem intellectuellen und physischen Urheber, wovon jener auf einer höhern Stufe der Strafbarkeit steht, weil in ihm ein stärkerer Grund für die Existenz des Verbrechens vorhanden war, als in diesem. Wiederum wird die Größe der Strafbarkeit eines intellectualen Auctors bestimmt, je nachdem er mit größerem

oder geringerem Zwang, je nachdem er mit Drohungen, oder Befehl, oder Rath, oder Auftrag, auf den Entschluß des physischen Urhebers zur Hervorbringung der That einwirkte. — Allein — römisches und kanonisches Recht erkennen diese Unterschiede nicht an, und bedrohen alle diese verschiedne Arten der Wirksamkeit zur Realisirung der Rechtsverletzung mit gleichen Strafen. *) —

Bei Bestimmung des Grades der Strafbarkeit der Socien unter sich, sind in allen den Fällen, wo die positiven Gesetze nicht schon durch Gleichsetzung der Socien mit den Urhebern entschieden haben, die allgemeinen Principien anzuwenden, die durch die Bestimmungen des Artikels 178 der P. G. O. gebilligt worden sind. Darum würde hier der Gehülfe härter oder gelinder zu bestrafen seyn, je nachdem er Haupt- oder Nebengehülfe, unmittelbarer und positiver, oder

*) Man sehe unter mehreren andern Stellen: Fr. 15 § 1 D XLVIII. 8. — Fr. 5 § 14 D XLIII. 24. Fr. 7 § 5 D II. 1. — Fr. 11 § 6 D XLVII. 10. — Fr. 3 § 1 D XI. 3. — Fr. 14 D XLVIII. 5. — Fr. 3 § 8 D XLVII. 9. — Fr. 1 § 13 D XLVIII. 16. — const. 5 C. IX. 2. — const. 20 C. VI. 2. — c. 93 C. XI. qu. 3. — c. 2. X. de clericis pugn. in duello (V. 14). — c. 6 X. de homicid. (V. 12). —

oder mittelbarer und negativer Gehülfe u. s. w. ist. —

Dolus. — Culpa. — Es sind dies die beiden Hauptstufen, wonach die Strafbarkeit in subjectiver Hinsicht bestimmt wird. Es sind die mannichfaltigen Modifikationen der Willensbestimmung des Verbrechers zur Realisirung der Rechtsverletzung, die hier in Betracht kommen. Wenn Dolus die Selbstbestimmung zur Hervorbringung eines Verbrechens als Zweck mit dem Bewußtseyn der Strafbarkeit, ist, Culpa hingegen durch eine gesetzwidrige Bestimmung des Willens zu einer Handlung oder Unterlassung begründet wird, woraus nach Naturgesetzen, ohne die Absicht des Verbrechers, die Rechtsverletzung hervorging: so ergibt es sich von selbst, daß das dolose Verbrechen strafbarer erscheinen müsse, als das culpose, da in dem dolosen Verbrecher ein bei weitem größeres, zur illegalen Stimmung des Willens hintreibendes, Interesse angenommen werden muß, und in ihm also ein stärkerer Grund der Existenz der That lag, als im culposen Verbrecher. *) —

*) Es scheint zum mindesten einseitig zu seyn, wenn Einige (z. B. Thibaut Beitr. S. 71 und nach ihm Hr. Salchow Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen, Th. 1 § 115) es für eine Inconsequenz ausgeben, das culpose Verbrechen für

Das ist es, was auch unsre positiven Gesetze anerkennen. Ueberall erklären sie den Dolus für strafbarer, als die Culpa (man sehe unter andern Fr. 12 D XLVIII. 3. — Fr. 28 § 12 D XLVIII. 19. — Fr. 9. 11 D XLVII. 9. — C. CC art. 134. 137. 146) und setzen selbst den höchsten Grad der Culpa dem Dolus nie gleich (Fr. 7 D XLVIII. 8).

Die Natur der Sache leitet uns auf mehrere Eintheilungen und Abstufungen des Dolus. — Dolus ist sowohl dann vorhanden, wenn die erfolgte Rechtsverletzung ausschließender Zweck des Handelnden war; als auch dann, wenn er nur Rechtsverletzungen einer gewissen Art überhaupt wollte, gleichgiltig, welche von den dahin gehörenden erfolgen würde. — Endlich tritt auch da der Begriff des Dolus ein, wo aus der bestimmt bezweckten Verletzung ein andres Verbrechen hervorging, dessen Zusammenhang mit jenem der Handelnde wußte und einsah, (nicht bloß wissen und einsehen konnte und sollte.)

Die positiven Gesetze, wenn sie auch diesen Begriff nicht geradezu aussprechen, berechtigen

minder strafbar zu halten als das dolose, wenn man nach der Feuerbachschen Theorie die Abwendung der Gefahr für den rechtlichen Zustand als Zweck der Strafe annehme.

doch durch den Gehalt ihrer Strafsanctionen zur Annahme desselben. — Auch mehrere Gradationen der Strafbarkeit des dolosen Verbrechens sind in den positiven Strafbestimmungen nach der Gefährlichkeit der Triebfedern, welche dem Dolus zum Grunde lagen, angenommen worden. So wird das wiederholte Verbrechen härter gestraft (P. G. O. Art. 131. — Fr. 28 § 3. 10 D XLVIII. 19. — Fr. 3 § 9 D XLIX. 16. — const. 8 § 1 C. IX. 12. — const. 3 C. I. 4.) härter diejenigen Verbrecher, die sich durch Vertrag zur Hervorbringung einer Rechtsverletzung verbanden; (arg. art. 148 C. CC — R. P. O. v. 1548 u. 1577 tit. 20) — härter auch diejenigen, bei denen eine vorzügliche Intensität des bösen Willens angenommen werden muß (P. G. O. art. 159. 160). — Nur sind auch darin die Gesetzgeber wiederum nicht consequent gewesen Oft lassen sie in subjectiver Hinsicht Umstände zu Milderungsgründen dienen, die nach einer consequenten Ansicht eher einen erhöhten Grad der Strafbarkeit hervorbringen müßten. Keineswegs läßt sich indeß aus unsern positiven Gesetzen die Behauptung rechtfertigen, daß jede Beschränkung der Willkür einen geringeren Grad der Strafbarkeit zur Folge haben müsse. — Einzelne Bestimmungen unsrer Gesetze, die darauf hinzudeuten scheinen (z. B. P. G. O. art. 137) kön-

nen nur als Ausnahmen von der Regel betrachtet, und müssen vom Richter als singuläre Vorschriften angewandt werden. —

In Absicht der Culpa werden keine sehr verletzende Gegensätze zwischen dem positiven und idealen Recht hervortreten. Das römische Recht kennt kaum culpose Verbrechen *) und die Verfasser der P. G. O., worin freilich auch von culposen Verbrechen bestimmt die Rede ist, (art. 146) haben die Bestimmung des Grades der Strafe für jede Individualität eines einzelnen Falls des culposen Verbrechens der Willkür des Richters überlassen. — Zunächst wird also den Richter nichts hindern, die Bestimmungen eines idealen Kriminalrechts über die verschiednen Grade der Strafbarkeit der Culpa zum Grunde zu legen. Nur darf er nie das Verhältniß aus den Augen setzen, das zwischen der Strafe des dolosen und culposen Verbrechens derselben Art beobachtet werden muß, und er muß daher immer darauf zurückgehen, auf welche Stufe der Strafbarkeit der Gesetzgeber das Verbrechen gestellt habe, für dessen culpose Begehungsart er den angemeßnen Grad der Strafe ausmitteln will. — In unsern

*) Vergl. v. Almendingen über das culpose Verbrechen in der Bibl. für die p. R. W. Bd. II. St. 2, vorzügl. S. 194 u. fg.

positiven Gesetzen sind übrigens drei Hauptgrade der Culpa angenommen worden. *) Ohne sich ängstlich an sie zu binden, wird der Richter die Strafbarkeit der Culpa vorzüglich nach dem Verhältnisse der Handlung, theils zu dem Object, theils zum Subject des Verbrechens bestimmen müssen. —

10.

Es bleibt uns jetzt nur noch übrig, die Thätigkeit des Richters, der im Geist unsrer positiven Gesetzgebung eine seiner Willkür überlaßne Strafe bestimmen will, näher zu beschreiben. — Von selbst ergibt es sich, daß in Hinsicht auf die nähere Beschränkung dieser Willkür der Unterschied zwischen relativ und absolut unbestimmten Gesetzen von der größten Wichtigkeit sey. Die Momente, die in jenen sich zur Bestimmung der Strafe vorfinden, sind es, welche

*) Diese gewöhnliche Meinung ist gegen die Angriffe Doneau's u. A. durch die neueren scharfsinnigen Untersuchungen Schömann's (Lehre vom Schadenersatz, Th. 1) hinlänglich gerechtfertigt worden. — Die Möglichkeit einer genügenden Trusotomie der Culpa zeigte Filangieri (Scienza della Legislazione, Tom. IV. Cap. 37.)

vorzüglich die Grenze des richterlichen Ermessens bilden. — Das absolut unbestimmte Strafgesetz hingegen enthält nichts, was die Willkür des Richters enger begrenzte, als sie es überhaupt schon durch die Analogie der Gesetze und den Geist der positiven Gesetzgebung ist. Wir wollen versuchen, hier die Regeln für die Anwendung des absolut unbestimmten Strafgesetzes anzudeuten, woraus sich sodann die Regeln für die des relativ unbestimmten von selbst ergeben werden. —

Da es hier darauf ankommt, zuerst die weitesten Grenzen aufzusuchen, und sodann in immer engern Kreisen die richterliche Willkür einzuschließen: so setzen wir zuvörderst einen solchen Fall eines unbestimmten Gesetzes voraus, der sich nicht analogisch unter irgend ein bestimmtes Gesetz subsumiren läßt; wo also die im unbestimmten Gesetz für strafbar erklärten Handlungen eine eigenthümliche Klasse von Verbrechen bilden, die so wenig als Gattung unter der Sanction eines bestimmten Strafgesetzes steht, dem die Fälle des unbestimmten subordinirt werden könnten, als Arten, als einzelne Arten derselben einer bestimmten Strafe unterworfen sind, denen die Fälle des unbestimmten Gesetzes wiederum subordinirt werden könnten, als Unterarten, oder auch coordinirt, als gleichartig.

Hier also, wo durch den Geist der positiven Gesetzgebung überhaupt die Größe einer vom Gesetzgeber nur im Allgemeinen ausgesprochnen Strafbarkeit bestimmt werden soll, muß zuvörderst der vom Gesetzgeber bei der Schöpfung des objectiven Rechts angewandte objective Maßstab der relativen Strafbarkeit auch hier gebraucht werden, um die Größe der Strafbarkeit im Verhältnisse zu den bestimmten Strafen andrer (nach den Ansichten des Gesetzgebers) größerer oder kleinerer Verbrechen erst im Allgemeinen auszumitteln, und so die angemessene Gattung der Strafe (genus poenae) zu erhalten. — Wir sahen oben, welches dieser objective Maßstab der relativen Strafbarkeit sey, dessen sich die Urheber unsrer positiven Gesetze bedienten; und wir dürfen nicht, ohne inconsequent zu seyn, und die Resultate unsrer ganzen Untersuchung zu vernichten, uns scheuen, den Ausspruch zu thun, daß auch eben diesen Maßstab der Richter bei Bestimmung der willkürlichen Strafe anwenden müsse. Leicht ist es freilich, in mehr als Einem Beispiel zu zeigen, daß seine Sentenzen dann an Barbarei und Verhöhnung des Zeitgeistes mit den Strafsanctionen der bestimmten Gesetze wetteifern werden und müssen; allein so lange man uns nicht zu überführen vermag, daß der Richter mehr sey als Richter, d. h. als Organ der

bestehenden Gesetze, daß die Scheidewand zwischen objectivem und idealem Recht somit auch für ihn eingestürzt sey; so lange wird uns dies nicht zum Vorwurf gemacht werden dürfen, da wir nicht von den Pflichten des Gesetzgebers, sondern nur des Richters handelten. *) —

*) Es ergibt sich daraus von selbst, daß der Richter bei Bestimmung der willkürlichen Strafe unter allen in der Gesetzgebung gebilligten Strafen eine freie und unbeschränkte Wahl habe, daß er mithin selbst auf eine qualificirte Todesstrafe erkennen könne, und oft, dem Geist der positiven Gesetzgebung gemäß, erkennen müsse. Auch in unseren Gesetzen ist ihm diese Befugniß ausdrücklich zugestanden worden, die ihm ältere und neuere Kriminalisten (Menochius, Hippolytus de Marsiliis, Carpzov, Quistorp, Kleinschrod, Meister,) ohne allen Grund abgesprochen haben. — Vergl. Fr. 13 D XLVIII. 19. — Fr. 7 § 3 D XLVIII. 11 wo es heißt: „Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur, et plerumque vel exilio puniuntur, vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim si ob hominem necandum pecuniam acceperint? — vel licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem, vel quem punire non debuerant? — capite plecti debent, vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt." — Vergl. Matthaeus de Criminibus Proleg. C. 4. Nro. 11. — Feuerbach, Revi-

Ist nunmehr im Allgemeinen durch Auffindung der Strafgattung die Größe der Strafbarkeit bestimmt worden: so muß zunächst für die in dem unbestimmten Gesetz enthaltnen, unter dem Begriff der Gattung vereinten Arten von Verbrechen, für jede einzelne auch eine einzelne, unter dem Begriff der gefundnen Strafgattung stehende Strafart (species poenae), die wechselseitig mit einander correspondiren, aufgesucht werden. — Um die verschiednen Arten strafbarer Handlungen derselben Gattung, dem Geist der positiven Gesetzgebung gemäß, zu klassificiren, muß abermals der ihr zum Grunde liegende objective Maßstab der relativen Strafbarkeit angewandt werden. So wird es sich dann leicht ergeben, welche einzelne Art die mehr oder minder strafbare sey. — Werden sodann die in den positiven Gesetzen gebilligten Grundsatze über das Verhältniß der verschiedenen Strafen zu einander gleichfalls angewandt, so kann es nicht schwierig mehr seyn, auch eine vollkommen harmonische Strafart aufzufinden. —

Aber es ist zuletzt noch und mit größter Sorgfalt die Individualität des einzelnen Falls zu berücksichtigen. Nicht die kleinste Modifikation

sion, Th. 1. 212 u. fg. Grolmann Kriminalrechtswissenschaft (2te Auflage) § 174. —

der That, die bei der Anwendung des bestimmten Strafgesetzes von keiner Bedeutung ist, darf hier übersehen werden, da die Strafe der Individualität der That durchaus entsprechen soll. Darum muß der Richter hier auch individuelle Rücksichten nehmen; z. B. auf den Stand des Verbrechers, der oft eine Modifikation des Straferkenntnisses veranlassen kann; und indem er überhaupt bei Anwendung des unbestimmten Strafgesetzes die positive Gesetzgebung nur zu ergänzen und nachzubilden hat, die Punkte, die in ihr bei der Anwendung bestimmter Strafgesetze als Milderungsgründe anerkannt sind, als Momente zur Modificirung seines Straferkenntnisses betrachten. Nur prüfe er unsre positiven Gesetze selbst, um die darin gebilligten Milderungsgründe kennen zu lernen; denn bekannt ist, wie sehr sentimentale Kriminalisten sich es haben angelegen seyn lassen, für ihre Vermehrung zu sorgen, und wie freigebig sie ihre Lehrbücher damit ausgestattet haben. *)

Weit geringeren Schwierigkeiten wird es unterworfen seyn, das Straferkenntniß im Geist der positiven Gesetzgebung zu fällen, wo die im unbestimmten Gesetze für strafbar erklärten Fälle

*) Vergl. Gros bekannte Abhandlung: De notione poenarum forensium, § 14. 15. 16. —

sich entweder als Art unter eine mit einer bestimmten Strafe bedrohte Gattung, oder als Unterart unter eine Species unterordnen lassen, die unter der Sanktion eines bestimmten Strafgesetzes steht. — In Rücksicht der Strafgattung oder Strafart ist sodann die Unbestimmtheit des Gesetzes schon gehoben; und nur die Individualität des einzelnen Falls mit allen Nüancen ist es sodann, die der Richter vorzüglich berücksichtigen muß, um die vollkommen harmonische Modifikation der im analogen Gesetze bestimmten Strafart zu finden; denn das ist es eben, worin sich das unbestimmte Gesetz vom bestimmten scheidet, und was seinen eigenthümlichen Charakter bildet, daß für jeden der unter ihm begriffnen Fälle noch eines jeden Eigenthümlichkeit eine vollkommen angemeßne Strafe bestimmt werden soll, während das bestimmte Gesetz unverändert angewendet werden soll, ohne daß der Richter auf die concrete Beschaffenheit der That Rücksicht nehmen darf, indem zu seiner Anwendung nur die generellen Merkmale der That erfordert werden. — Um nun aber die der Individualität des einzelnen Falls anpassende Modifikation der im analogen Gesetze bestimmten Strafart zu finden, müssen Verbrechen und Strafe abgestuft, und die einzelnen Abstufungen in Verbindung mit einander gesetzt werden. Nach wel-

chem objectiven und subjectiven Maßstabe die Abstufung des Verbrechens geschehen müsse, wird dem Richter das analoge Gesetz, worunter er die Fälle des unbestimmten Gesetzes subsumirt hat, und das Verhältniß lehren, worin es zum Ganzen der positiven Gesetzgebung steht. Die Abstufungen der Strafart aber findet er in den in den Gesetzen gebilligten Grundsätzen über das Verhältniß der Strafen zu einander, und wo diese nicht ausreichen, in der Observanz und in der Volksmeinung, wobei auch der Stand des Verbrechers zu berücksichtigen ist.

Eben so sicher wird der Richter geleitet werden, wenn er nur ein relativ unbestimmtes Strafgesetz anzuwenden hat. Der Grad der relativen Bestimmtheit kann indeß hier sehr verschieden seyn. Entweder sind in einem solchen Gesetze nur einzelne Strafen beispielsweise genannt, und dann ist gewöhnlich auch die relative Bestimmtheit wiederum aufgehoben, und das Gesetz wird dadurch beinahe zum unbestimmten, indem dann nur die Strafen stillschweigend ausgeschlossen sind, welche schwerer oder gelinder sind, als die im Gesetze beispielsweise angeführten. *) — Oder es sind gewisse Strafen festge-

*) So heißt es z. B. im Artikel 115 der P. G. O. „Item, so ein Procurator — der soll — in Pran-

setzt, unter welchen der Richter zwar wählen, denen er aber keine andre beigesellen darf, sollten sie auch nach den gesetzlichen Grundsätzen über die Proportion der Strafen diesen gleich stehen, was indeß nie vollkommen der Fall seyn wird. — Selbst die in dem Gesetze zusammengestellten Strafen werden nie vollkommen einander gleich seyn; und darum müssen auch hier die möglichen Gradationen dieser Strafen, so wie der damit bedrohten Handlungen festgesetzt werden, wobei der Richter sich enge an die positive Gesetzgebung als sein Vorbild anschließend, auf die vorbeschriebne Art verfahren muß. *) — Auch einige

ger oder Halseisen gestellt, mit Ruthen ausgehauen, des Landes verboten, oder sonst nach Gelegenheit der Mißhandlung in andere Weg gestraft werden." — Will man diesem Gesetze seine relative Bestimmtheit nicht rauben, so muß man annehmen, daß alle härtern und gelindern Strafen, als die genannte bei Bestrafung dieses Verbrechens ausgeschlossen seyn. Dem widersprechen auch nicht die Worte „nach Gelegenheit der Mißhandlung," wodurch dem Richter nur geboten wird, die Individualität des einzelnen Falls zu berücksichtigen. —

*) Vergleiche bei diesem Abschnitt vorzüglich Grolmann's Kriminalrechtswissenschaft (2te Auflage) § 119. 120. — Da die Praeventionstheorie alle Schranken zwischen Richter und Gesetzgeber nieder-

Regeln für die Bestrafung des Conats, so wie auch der Socien im Verhältnisse zum Urheber so-

reißt, so darf man freilich nicht erwarten, daß der Richter hier bei Anwendung der unbestimmten Strafgesetze auf die Analogie der Gesetze und den Geist der bestehenden Gesetzgebung verwiesen werde. Aehnlich ist indeß in einiger Hinsicht das Verfahren des Richters beschrieben, der ein unbestimmtes Gesetz anzuwenden hat, und darum heben wir den lehrreichen § 120 zur Vergleichung aus. — „Da die verschiedenen Verhältnisse der Strafbarkeit — heißt es hier — eines und desselben Verbrechens, nach seinem objectiven Begriff, nur durch Vergleichungen gefunden werden können, und überdies die Folgerungen aus den gesetzlich bestimmten Straffällen über die Strafbarkeit der gesetzlich nicht bestimmten Fälle nicht bestimmter gezogen werden können, als wenn man den unbestimmten Straffall ganz aus demselben Gesichtspunkte betrachtet, aus welchem die Straffälle in dem bestimmten Strafgesetze betrachtet werden: so ist es für den Richter allerdings rathsam, wenn er auch bei der Anwendung des unbestimmten Strafgesetzes das zu bestrafende Verbrechen zuerst aus demselben Gesichtspunkt betrachtet, nach welchem das bestimmte Strafgesetz die ordentliche Strafe abmißt, wenn er sonach zuerst nach allgemeinen Rücksichten und nach Folgerungen aus den bestimmten ordentlichen Strafen objectiv größerer und kleinerer Verbrechen ausmittelt, welches die ordentliche Strafe des jetzt

wohl, als zu einander, müssen hier noch angegeben werden. —

Zuvörderst ist hier zu bemerken, daß sowohl der Conat eines Verbrechens, welches unter einem bestimmten Gesetze steht, hierher gehöre, als der Conat eines unbestimmten Falls, indem der 178ste Artikel der P. G. O. einen jeden Conat nach der Individualität des Falls bestraft wissen will. — Aus eben diesem Artikel sind aber auch die Gründe der absoluten Strafbarkeit eines jeden Conats zu entwickeln. Soll der Versuch überhaupt gestraft werden können, so muß er eine äußere Handlung seyn, und der Verbrecher an Vollbringung des Verbrechens durch äußere Hindernisse gehindert worden seyn. *) —

zu beurtheilenden Falles rechtlich seyn müßte, hiernächst aber untersucht, ob das Daseyn von Gründen, welche die gesetzlich bestimmte ordentliche Strafe in concreto zu mildern oder zu schärfen gebieten, auch in dem gegenwärtigen Fall ihm eine Abweichung von der ausgemittelten ordentlichen Strafe nothwendig machen, und alsdann diese Abweichung selbst nach denselben Verhältnissen bestimmt, nach welchen sie bei dem bestimmten Strafgesetze, unter gleichen Voraussetzungen, bestimmt werden müßte." —

*) Siehe oben S. 96. —

Um nun auch die Größe der Strafbarkeit des Conats zu finden, ist zuvörderst die Strafe desselben Verbrechens als consumirten Delicts auszumitteln (wo dies nicht schon im bestimmten Gesetze geschehen ist); Verbrechen und Strafe müssen sodann, so viel es geschehen kann, abgestuft werden, um für die in concreto existirende individuelle That den passendsten Strafgrad aufzufinden. Nach welchen Grundsätzen diese Gradation der Strafe und des Verbrechens geschehen müsse, ist schon öfter erinnert worden. Daß den Conat, selbst den nächsten, die nehmliche Strafart treffen müsse, wie das vollendete Verbrechen, wie manche behauptet, ist nicht nothwendig, sondern nur zufällig. —

In Rücksicht auf diejenigen Fälle indeß, worin in den positiven Gesetzen der Versuch (selbst der entfernte) dem vollendeten Verbrechen an Strafbarkeit vollkommen gleich gesetzt ist, *) hört natürlich alle richterliche Willkür auf.

Wo der Conat an sich schon ein eigenthümliches Verbrechen bildet, da treten die Grundsätze von concurrirenden Verbrechen ein, deren Erörterung aber außer den Grenzen dieses Versuchs liegt. —

Auch bei Bestrafung der Socien sind zuvör-

*) S. oben S. 96.

derst diejenigen Fälle auszuschließen, die die Gesetze durch bestimmte Sanktionen schon entschieden haben. *) Uebrigens muß sodann die Strafbarkeit des Gehülfen vorzüglich durch die (objective) Strafbarkeit des Verbrechens, zu dessen Realisirung er mitwirkte, bestimmt werden, wobei von positiv rechtlichen Grundsätzen ausgegangen werden muß. — Was aber die Strafbarkeit der verschiedenen Arten der Socien unter sich betrifft, so können hier den Richter allein die Principien leiten, die sich im Allgemeinen aus den Gesetzen abstrahiren lassen, und die auch im 177sten Art. der P. G. O. gebilligt worden sind. **)

11.

Es sey uns erlaubt, zum Schluß dieses Versuchs noch einige Bemerkungen über die Weise hinzuzufügen, wie der Gegenstand desselben bisher in den Systemen und Lehrbüchern des peinlichen Rechts behandelt worden ist. —

Zu innig hängt freilich die Beantwortung

*) S. oben S. 98 u. fg.

**) Vergleiche vorzüglich Grolmann C. R. W. § 36, 87, und Feuerbach Revision II, S. 260 u. fg.

der Frage: wie weit sich die richterliche Willkür bei Bestimmung arbiträrer Strafen erstrecke, mit dem Zustande der gesammten Rechtsphilosophie und den von ihr abhängigen Theorien des Strafrechts zusammen, als daß nicht nach den Verschiedenheiten dieser Theorien auch jene Beantwortung verschieden seyn müßte. — Weiß man es sodann, daß bis zu der Epoche der Kriminalrechtswissenschaft, welche mit Feuerbach beginnt, die Theorien der Wiedervergeltung, der Abschreckung und der Praevention die herrschenden in Deutschland waren: so kann man es im voraus errathen, wie leicht und behend man die von uns aufgeworfne Frage zu lösen wußte, in deren Beantwortung man keine Schwierigkeit ahnte, und nach den herrschenden Ansichten auch nicht ahnen konnte. —

Denn nach allen jenen Theorien ist und kann weder die Zufügung der Strafe überhaupt, noch der Grad der zuzufügenden Strafe durch das Gesetz bedingt seyn, das daher nur als allgemeine Norm derselben betrachtet wird. — „Nulla poena — sagt daher Samuel Friedrich v. Böhmer, den man als Stimmführer seines Zeitalters betrachten kann *) — delictis imposita datur, quam immutabili lege eousque

*) Meditt. in C. C. C. ad art. 105 § 3.

servari oporteat, ut nullum prorsus judici arbitrium supersit, ab eadem suo tempore recedendi. Augent, secant, temperant ICti. — Quicquid legislatores, dum poenam delicto imponunt, intendunt, huc pertinet; ut regulam judicibus suggerant, fluctuantibus subveniant, impediantque, ne omnia in foro criminali manu regantur." — Philosophie der Gesetzgebung und Politik sollen die Führerinnen des Richters seyn, der nun freilich aufhört, Richter zu seyn, und zum Gesetzgeber erhoben wird. Das Wort Richter erscheint überhaupt nun bedeutungslos, denn es gibt keine Gesetze mehr. Sie würden nur eine lästige, die Anwendung der Aussprüche der Philosophie und Politik beschränkende Fessel seyn, die man auf diesem Wege leicht abzustreifen wußte. — Bestimmte Strafgesetze vollends würden in directem Widerspruch mit jenen Theorien und Systemen stehen, und darum wurden sie denn auch ganz consequent nur als allgemeine Instruktion für den Richter betrachtet. —

Es ergibt sich daher von selbst, daß die Anhänger aller jener Theorien sich durch die Existenz unbestimmter Strafgesetze im geringsten nicht genirt oder in Verlegenheit gesetzt fühlen können. — Im Gegentheil, für so überflüssig und lästig sie bestimmte Gesetze halten müssen,

eben so zweckmäßig erscheinen, und eben so erwünscht sind ihnen nach ihren Ansichten die unbestimmtesten, *) denn nicht durch das Gesetz, sondern durch das Princip der Wiedervergeltung

*) Darum sagt z. B. Grolmann (C. R. W. § 13) nachdem er, der Praeventionstheorie gemäß, die Ausübung des Strafrechts im Staate zuvörderst, ganz unabhängig vom Strafgesetze erklärt hat, daß auch in Absicht auf das Maß der Strafe es keinesweges einer bestimmten Strafdrohung bedürfe. Vielmehr stelle sich das unbestimmte Strafgesetz als weit zweckmäßiger dar. — Wenn übrigens Grolmann (§ 163 Note) aus der Existenz unbestimmter Strafgesetze in unsrer positiven Kriminallegislation folgert, daß, wenn überhaupt eine Theorie, ihr die der Praevention zum Grunde liegen müsse, weil nur nach den sich aus ihr entwickelnden Ansichten der Kriminalgesetzgebung unbestimmte Strafgesetze einen dem Princip der Gesetzgebung nicht widersprechenden Sinn hätten: so scheint sich dies schon dadurch zu widerlegen, daß nach den Theorien der Abschreckung und Wiedervergeltung unbestimmte Strafgesetze eben sowohl als die einzig zweckmäßigen erscheinen, und die bestimmten eben so sehr verhöhnt werden. — Daß übrigens aus jenem Reichthum unsrer positiven Strafgesetzgebung an unbestimmten Sanctionen nichts gegen die Feuerbachsche Theorie (wenn beide auch in einigem Widerspruch mit einander stehen sollten) gefolgert werden könne, bedarf keiner Erinnerung.

der Abschreckung der Praevention, soll auch die Größe und der Grad der Strafe jedes einzelnen Falls bestimmt werden. Indem einem Jeden seine Theorie als Ausfluß der Rechtsphilosophie erscheint, scheint ihm auch der Richter, der nach einem der genannten Principien, die der Individualität des Falls angemeßne Strafe bestimmt, nur die höchsten Forderungen des Rechts und der Gerechtigkeit zu erfüllen. — „Arbitrium judicis — sagt Böhmer, indem auch er den Gegenstand unsrer Untersuchung erörtert — hic nihil aliud est, quam judicium practicum, in casibus a legibus aut plane non, aut non satis abscisse determinatis, cum laxiore quadam potestate ita judicandi, ut, nec plus nec minus, quam jus et justitia exigit, decernat.“ *) Und das ist es denn, was von ältern

Vergl. von Almendingen Darstellung der rechtlichen Imputation S. 19. —

*) Obs. ad Carpzov, Qu. 133 obs. 1. — vergl. auch dessen Meditt. in C. C. C. ad art. 105 § 5. — Dieses Böhmersche „Judicium practicum“ ist es auch, welches in dem (oben angeführten) Untersuchen des Hrn. Zirkler eine bedeutende Rolle spielt, nur daß hier die richterliche Willkür vollends „zwar nicht unermeßlich, aber doch ungemessen“ erscheint. —

und neuern Kriminalisten, die einer der genannten Theorien huldigen, bis auf unsre Tage wiederholt worden ist. Die Principien der Rechtsphilosophie und der Politik, denen sich ihnen ihre Theorien vom Zweck der Strafe genau anzuschmiegen scheinen, sollen allein höchste Instanz der richterlichen Entscheidung seyn. Wo sie auf die Analogie der Gesetzgebung verweisen, weiß man daher schon, was darunter zu verstehen sey, nehmlich nur das, was nach ihren Ansichten dem Gesetze noch an Bedeutung übrig bleibt. Denn wozu sonst die vielen politischen Regeln, die sie freigebig hinzufügen! —

Daß diese Schilderung der bisherigen Bearbeitungsart dieser Lehre treu sey, wird jede, auch die flüchtigste Ansicht unsrer Systeme, Entwicklungen und Lehrbücher des peinlichen Rechts lehren. Die Ansichten derselben sind nur consequente Ableitungen aus den höhern Principien der einmal angenommnen Theorien. — Es darf daher auch nicht befremden, wenn diese Kriminalisten so leicht über diese Materie hinweggehen, da auch hier dieselben Principien eintreten sollten, die nach ihrer Ansicht den Richter auch bei Anwendung der bestimmten Strafgesetze leiten müssen. — Darum ist z. B. in einer eignen Abhandlung „über die Natur und Grenzen der richterlichen Willkür bei Anwendung der Straf-

gesetze" unsre Frage auf zwei Seiten abgefertigt worden. *) Meister **) begnügt sich, Böhmer's Worte aus dem § 5 zum Art. 105 der P. G. O. zu wiederholen. Kleinschrod ***) findet nur Klugheitsregeln zu geben nothwendig, die dem Richter die Wahl unter mehreren, durch die Principien der Praeventionstheorie gebilligten, Strafen erleichtern sollen, und selbst Grolmann, ****) der am ausführlichsten von der Anwendung der Strafgesetze handelt, glaubt mit wenigen Worten nur den Richter auf die allgemeinen Grundsätze von dem Verhältnisse der Strafen zu der Strafbarkeit und auf die Rechtsanalogie verweisen zu dürfen. —

Von ganz andern Grundsätzen, als die bisher genannten Theorien, geht die Feuerbachsche aus. Nach ihr ist das Gesetz das Ver-

*) In Jagemann's und Günther's Archiv, Th. I, vorzügl. S. 87 und 88.

**) Meister (jun.) Princip. Jur. Crim. (edit. 4ta) § 106: „Arbitrarias poenas judex ipse determinat secundum arbitrium prudens, id est, circumstantiis facti, analogiae juris, et rectae rationis principiis accommodatum." —

***) Systemat. Entwickelung, Th. 2, § 133.

****) Kriminalrechtswissenschaft, § 174.

mittelnde zwischen Verbrechen und Strafen in dem Begriffe, und ohne das Strafgesetz ist weder eine Rechtsgiltigkeit der Strafe überhaupt, noch eine psychologische Wirksamkeit derselben denkbar. — Und dieses System ist es, welches mit den Aussprüchen der Philosophie über die Bedingungen aller Rechtsgiltigkeit genau zu harmoniren scheint. —

In wie fern uns aber Feuerbach seiner eignen, sonst unerschütterlichen, Konsequenz in Beziehung auf den Gegenstand dieses Versuches untreu zu werden schien, indem er dem Richter, der eine willkürliche Strafe zu bestimmen hat, den Eintritt ins Gebiet des idealen Rechts vergönnt, ist oben weitläuftig erörtert worden, und darf hier nicht wiederholt werden. —

Schon einige Mal ist die Frage, die wir zu beantworten versuchten, angeregt worden. Namentlich hat sie Thibaut *) einer Erörterung gewürdigt. Allein außerdem, daß er sich meist darauf beschränkt, die Analogie der einzelnen Gesetze gegen Feuerbach in Schutz zu nehmen, (s. oben) erscheinen seine Einwürfe nur als flüchtige Andeutungen, denen eine tiefere Begründung vielleicht zu wünschen wäre. — Auch möch-

*) Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie, S. 60. u. fg.

ten wohl nicht leicht Alle den Ausspruch unterschreiben, der das Resultat seiner Untersuchung enthält, daß „die Grundsätze der älteren Juristen, der Theorie Feuerbach's, welche geradezu widerrechtlich sey, vorzuziehen seyen, *) denn diese Grundsätze können überhaupt nur mit ihren Theorien vom Strafrecht stehen und fallen. —

Herr Salchow **) scheint Thibaut unmittelbar gefolgt zu seyn. Auch bei ihm findet man den Ausspruch, daß nicht philosophische Principien den Richter bei Bestimmung der willkürlichen Strafe leiten dürfen; aber man vermißt die Gründe für diese Behauptung, nach denen man um so begieriger ist, je deutlicher gesagt worden ist, daß der Richter bei Bestimmung der arbiträren Strafe in die Sphäre des Gesetzgebers wenigstens in so weit eintrete, als er Größe und Maß der Strafe zu bestimmen habe. — Eben so wenig scheint uns Salchow in seiner Darstellung der relativen Gründe der Strafbarkeit (§ 114 — 120) unsre positive Gesetzgebung immer unverrückt im Auge behalten zu haben. —

*) Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie, S. 71. —

**) Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrebrechen, Th. 1, S. 96 fg. S. 219 u. fg. —

12.

Ob es dem Verfasser dieses Versuchs gelungen sey, durch eine tiefer begründete Beantwortung die aufgeworfene Frage der Entscheidung anzunähern, und treuer den Geist unsrer positiven Legislation darzustellen, muß dem Urtheil kompetenter Richter vorbehalten bleiben. —

Nur vor möglichen Mißdeutungen glaubt er sich noch verwahren zu müssen. Wenn ihn seine Untersuchung auf das Resultat leitete, daß nur die Principien des objectiven Rechts dem Richter zur Norm bei Bestimmung der willkürlichen Strafe dienen dürfen: so durfte es ihn nicht kümmern, in wie fern dieses positive Recht mit dem Geist des Zeitalters und den Forderungen der Humanität im Widerspruch stehe. — Er glaubt überall den Principien der Feuerbachschen Strafrechtstheorie gefolgt zu seyn, die er aus inniger Ueberzeugung, weil sie allein ihm durch die Aussprüche der Philosophie gerechtfertigt zu werden scheint, zur seinigen gemacht, und die freilich keine Akkommodationen, keine Vermischung der Funktionen des Richters und Gesetzgebers verstattet, wie sie die Schmiegsamkeit der übrigen angeführten Systeme erlaubt.

Doch eben dadurch kann diese Theorie, selbst im Auge des bloßen Politikers, nur gewinnen. Denn sie ist es, die die Mängel der positiven Gesetzgebung, welche die übrigen Systeme zu verbergen und durch Aufhebung der Grenzen zwischen dem Richter und Gesetzgeber unsichtbarer zu machen wissen, aufdeckt, und das Bedürfniß der Errichtung einer vollendetern Gesetzgebung tief empfinden läßt.

Und so ergeht eine neue Aufforderung an die Edelsten und Besten der Nation, zur Kultur der Wissenschaft und zur höhern juridischen Bildung des Volks die ganze Fülle der Geisteskraft aufzubieten. Denn nicht mit einem Schlage kann die reale Darstellung des idealen Rechts geschehen, — und nur in allmähligen Annäherungen kann das Vollkommne erreicht werden. — Aber darum verzage der Geist nicht, sondern stelle sich das Ideal zum Ziel eines lebendigen Strebens auf. — Oder sollen wir ewig am Boden kriechen, und nie den Blick, von der Gegenwart befangen, emporrichten zur Zukunft? Sollen wir etwa (mit Thibaut z. B.) alles Ideale verdammen, weil wir nicht reif genug sind dafür, und es nie seyn werden? — Wozu bilden wir dann die Wissenschaft? — Wodurch sollen wir denn dem Leben eine Bedeutung und

einen Reiz verleihen, als durch rastloses Streben zu dem Punkte, wo Wissenschaft und Leben sich wechselseitig durchdringen. Und wie wollen wir unter allen Stürmen und Verwirrungen der Zeit uns die heitere Ruhe und den Frieden der Brust bewahren, als durch ein gläubiges Vertrauen an ein ewiges Fortschreiten zum Ziel der Vollendung! —

II.

Fragmente über den Ehebruch.

1.

In den Untersuchungen über Kriminalpolitik, welche in der letzten Hälfte des verflossenen Jahrhunderts durch des Marchese Beccaria bekanntes Werk vorzüglich geweckt wurden, ist häufig auch die Frage erörtert worden, welches die dem Ehebruch angemessenste Strafe sey? — eine Frage, deren Beantwortung um so verschiedner ausfiel, je abweichender die Ansichten der Ehe selbst waren, und da seyn mußten, wo man, beschränkt durch nationelle Ansichten, noch nicht gelernt hatte, von einem höhern Standpunkt aus das innerste Wesen der Ehe zu ergründen, und sie in ihrer höhern Bedeutung aufzufassen. Hätte man sich zu dieser Freiheit der Ansicht zu erheben gewußt, so würden wahrscheinlich alle jene Erörterungen unterblieben seyn. Man hätte darauf geleitet werden müssen, daß man durch jeden Versuch, durch Zwang die Heiligkeit der Ehen zu befördern und zu erhalten, über die Grenze der juridischen Welt hinaus ins Gebiet der Ethik und der Religion trete, und das Ir-

rige der Voraussetzung der bürgerlichen Strafbarkeit des Ehebruchs erkannt haben, die doch allen jenen Untersuchungen, wenn sie überhaupt eine Bedeutung haben sollen, zum Grunde liegen muß. —

2.

Indeß ist so viel wenigstens dadurch gewonnen worden, daß man die Unzweckmäßigkeit der in den Strafgesetzgebungen der meisten Völker bestehenden Sanctionen wider den Ehebruch einsah, und auf die einzig zweckmäßigen Mittel hingeleitet ward, wodurch man allein ihm vorzubeugen im Stande seyn wird. Beccaria selbst ist in seinem trefflichen Werk nicht kalt an diesem Gegenstand vorübergegangen. *) In zwei Ursachen scheint ihm der Ehebruch vornehmlich begründet zu seyn, in der Veränderlichkeit und Wandelbarkeit des Menschen, und in der mächtigen Kraft, die beide Geschlechter zu einander hinziehe.

*) Dei delitti e delle pene, Venez. 1781. § 36. — Beccaria vergleicht hier die mächtige Kraft, welche beide Geschlechter einander annähere, der ewigen, welche die Himmelskörper liebend um einander bewegt. —

hinziehn. Würden andre Verbrechen im flüchtigen Moment der Leidenschaft geboren, so habe dieses vielmehr seinen Ursprung in dem Mißbrauch eines der gesammten Menschheit gemeinen und nothwendigen Triebes. Darum erschienen alle Gesetze und Gewohnheiten als unnütz und verderblich, die die ganze Summe dieses Triebes zu vermindern bemüht wären. Nicht Vorurtheile, nicht die väterliche Gewalt dürften die Ehen schließen und trennen, wenn man nicht durch heimliche Liebe ihre Bande zerrissen sehen wolle. Ueberhaupt werde bei dem Ehebruch, wie bei allen Verbrechen, die ihrer Natur nach meist unbestraft bleiben müßten, das Strafgesetz den Reiz des Verbrechens nur noch erhöhen; die Phantasie werde nur noch mehr entflammt, der geliebte Gegenstand würde ihr in höherem Reize erscheinen, und alle Schwierigkeiten, ihn zu besitzen, leicht besiegt werden. — Wer aber in der wahren Religion lebt — sagt Beccaria — kennt erhabnere Bewegungsgründe, die sinnlichen Triebe zu beherrschen. —

3.

Unter den französischen Kriminalpolitikern war es vorzüglich Servin, *) der sich bemühte, die bürgerliche Strafbarkeit des Ehebruchs darzuthun. Wenn Beccaria nur aus der Verletzung der religiösen Vorschriften eine Strafbarkeit desselben abzuleiten scheint, so betrachtet ihn Servin vorzüglich aus dem Gesichtspunkt der Verletzung eines Vertrages, dessen Garant der Staat sey. — Daneben redet er auch von politischen Rücksichten, welche den Gesetzgeber veranlassen müßten, Strafsanktionen wider den Ehebruch zu erlassen. Heiligkeit und Reinheit der Ehen sey nehmlich das stärkste Band, welches den Bürger an sein Vaterland feßle, und die Vaterlandsliebe nie erkalten lasse. Darum müsse es Gesetze geben, welche dem Bürger den unverletzten Besitz seines Eigenthums zusicherten! — Freilich müsse der Staat es sich angelegen seyn lassen, zugleich auch für Reinheit der Sitten durch eine strenge Sittenpolizei zu sorgen. —
Servin glaubt übrigens, unter Voraussetzung der bürgerlichen Strafbarkeit des Ehe-

*) De la legislation criminelle, Basle 1782, Liv. 1. Chap. 4.

bruchs, daß schmerzhafte körperliche Züchtigungen die angemessenste Strafe der Ehebrecherinn seyn würden, als Reagentien der sinnlichen Lust (!) *)

So verkehrt und falsch auch Servin's Ansichten der Ehe sind, so hat er sich dennoch auf einen höhern Standpunkt zu heben gewußt, als Voltaire und die zahlreiche Schar seiner Nachbeter. Ihnen ist die Ehe nichts anders, als eine bloß bürgerliche Erfindung, wodurch man die Handlung der Liebe in einen bürgerlichen Akt umgewandelt habe. **)

*) Nur zu oft begegnet es leider Kriminalisten, daß sie Wollust und Liebe, das Irdische und Himmlische mit einander verwechseln, und kaum eine Ahnung von dem Unterschied beider haben. Nur aus Wollust, glauben sie, könne das Weib fallen! — Warum müssen sich überhaupt die Rechtsgelehrten im Allgemeinen noch immer den leider gerechten Vorwurf einer höchst einseitigen Bildung machen lassen, wenn das überhaupt Bildung genannt werden kann, was mehr Kleben an einem festen Punkte, oder ein ewiges Umtreiben in engen Schranken ist; sie, die vor allen nach Universalität der Bildung streben sollten, um im Stande zu seyn, zur Ausbildung der so sehr vernachläßigten Wissenschaft kräftig mitwirken zu können. —

**) Man vergl. Brissot de Varville Théorie des Loix criminelles. Neufchatel 1781.

4.

„Grave crimen et capitale adulterium omnes boni fatentur: quid ergo? si surgat Alexander aliquis, qui seculo blandiens adulterium minoribus delictis accenseat, num propterea derelictis bonis impuro uni adhaerebit judex?“ sagt irgendwo Matthaeus (de Criminibus), indem er sich mit Recht gegen den juristischen Handwerksspruch ereifert, daß der Richter in Kriminalsachen immer der mildern Meinung folgen müsse, ein Ausspruch, den er sehr abgeschmackt, ja gottlos, in Beziehung auf die von ihm angeführten Beispiele findet. Schon in den wenigen angeführten Worten wird man den eng vom Positiven eingezwängten Geist des Juristen nicht verkennen. Zugleich mögen sie dazu dienen, den Grad der Bildung zu bezeichnen, zu dem die Rechtsgelehrten jener Zeiten bis auf Thomasius, mit dem die Epoche eines freiern Aufschwungs des Geistes und liberaler Forschungen im Gebiet der Kriminaljurisprudenz beginnt, sich erhoben hatten. —

In der That bietet Matthäus alle seine Beredtsamkeit auf, um die Strafgesetze der römischen Imperatoren, vornehmlich Constantin's, wider den Ehebruch zu rechtfertigen und zu er-

heben. Zu treu bezeichnen seine Worte die Ansichten seiner Zeit vom Zweck der Strafen, als daß wir nicht Einiges aus seiner Schutz- und Lobrede ausheben sollten. „Aurea profecto constitutio, — sagt er von Constantin's Poenalsanktion — atque pudicitiae matronalis unica custos, omnibusque Christiani orbis principibus atque rebuspublicis commendanda, quandoquidem — divinae legis praescriptum in vidicando adulterio sequitur.“ — Bitter klagt er über das Sittenverderbniß seiner Zeit, und die leichtsinnige Nachsicht gegen den Ehebruch. In Frankreich, seufzt er, in Italien, in Belgien, auch in den meisten Provinzen Deutschlands ist die Strafe des Schwerts außer Gebrauch gekommen, und mildere, meist Geldstrafen, sind an ihre Stelle getreten. Nur in der Pfalz, in Obersachsen und Hessen haben die Fürsten aus Scheu vor dem göttlichen Gebot die Todesstrafe wieder eingeführt. — Wie möchte man auch Justinians Novelle rechtfertigen, worin er der Ehebrecherinn die Todesstrafe erläßt. Denn sah er auch auf die natürliche Schwäche des Weibes, das nicht aus Wollust sich hingibt, sondern meist den Schmeicheleien und den Geschenken des Buhlers nicht zu widerstehen vermag: so dient diese dennoch keineswegs dazu, um die Größe ihrer Sünde zu vermindern. Denn

nicht gerechnet, daß viele gar lüstern sind, und mehr suchen als gesucht werden, darf der Gesetzgeber die schrecklichen Folge auch nicht vergessen, welche aus den abscheulichen Verbrechen ehebrecherischer Weiber hervorgehen, blutschänderische Vermischung der Geschlechter, und Unterschiebung von Bankerten, und Lebensnachstellungen, und Vergiftungen und Mord und Sittenverderbniß, ja endlich der Untergang des ganzen Staats! — Wie will man auch eine solche Gelindigkeit der Strafen gegen die Aussprüche der Weisen aller Zeiten rechtfertigen. Als einst Diogenes von einem Didymus hörte, daß er des Ehebruchs angeklagt sei, so erklärte er ihn für würdig, an seinem Namen aufgehängt zu werden. — Alle orthodoxe Theologen fordern laut die Wiedereinführung der Todesstrafe; ja selbst die Päpste, die doch sonst nur zu nachsichtig gegen die Lüste sind, brechen, einmal von der Macht der Wahrheit ergriffen, unwillkürlich in den Ausruf aus: Welche unter allen Sünden ist denn wohl schwerer, als der Ehebruch? — Selbst in einem finstern und barbarischen Jahrhundert mußten Aezo und Amursius dies eingestehen. Alnutus beklagt die Staaten, wo man die irdischen Güter höher achte, als die Sitten, wo man den Dieb würge, den Ehebrecher nur am Vermögen strafe. — Und wollen wir denn

das göttliche Recht, so geradezu verhöhnen; sagt dieses nicht ausdrücklich: wer mit einer Ehefrau, die eines Andern Frau ist, Ehebruch treibt, soll dafür sterben, er sowohl als die Ehebrecherinn." — Die Giltigkeit dieses Gesetzes ist nicht bloß auf die Israeliten beschränkt; denn es stimmt auch mit dem natürlichen Recht überein. Denn erhellt dies nicht daraus, daß noch vor Erscheinung des göttlichen Gesetzes Juda seine Schwiegertochter Thamar verbrennen ließ, weil sie heimlich gebuhlt hatte? Würde er dies gethan haben, wenn ihn nicht die Vernunft überzeugt hätte, nur mit dem Tode könne ein solches Verbrechen gebüßt werden? —

So weit der fromme Matthäus. — Schlägt man in den Schriften der Kriminalisten, die etwa hundert Jahr nach ihm lebten, das Kapitel vom Ehebruch auf: so trifft man diese durchgängige Verwechselung der moralischen und bürgerlichen Strafbarkeit nicht mehr. Böhmer sucht vielmehr die Härte der im römischen Recht festgesetzten Strafen zu zeigen; aber sonderbar klingen die Gründe, womit er seine Behauptung zu beweisen bemüht ist. *) —

*) Vorzüglich nimmt er sie aus der geringen subjectiven Strafbarkeit her, welche bei diesem Verbrechen vorhanden sey. „Sunt adulteri — sagt er —

5.

Es ist unmöglich, die Frage, aus welchem Gesichtspunkte der Schöpfer einer neuen Straf-

communiter ab eo, quod injuriam, hostilitatem, improbitatem, sapit, alienissimi, cum aliis vivunt pacifice, officiose et sensu vulgari honeste vivunt, geniumque socialitatis utique profitentur, nec quicquam eos provocat, quam certum aliquod objectum, cujus amore capti armantur facto, quod aliis nec metum nec periculum, nec terrorem, uti rapina, incendium, furtum, homicidium injicit. Itaque magis in singulares personas feruntur, eaque propter ad poenam se obligant; sed ab improbitate ista, qua universi cives delinquendo petuntur aut turbantur, longissime absunt. — Quicquid ex isto crimine ad universos transit, solo scandalo absolvitur, id vero, licet coercitionem utique mereatur, tantam facto improbitatem non conciliat, quanta ad gravitatem alicujus delicti requiritur, iisque speciebus unice cohaeret, quibus securitatis publicae violatio propria est. Quae cum ita sint, dubito, an hocce delictum tam infaustum sit, uti vulgo depingi solet, et an non aliquid dandum sit imbecillitati humanae, quoties de ejus coercitione agitur. Si qua lenitas in exercitio poenarum judici commendanda, certe plures pro ea in hac specie occurrunt rationes, quum quo severiorem eum esse oporteat tunc, ubi improbe et in plures delin-

gesetzgebung den Ehebruch zu betrachten habe, befriedigend zu beantworten, bevor man nicht zuvörderst das Wesen der Ehe ergründet habe. Es genügt hier aber nicht, etwa die Versicherung, die man in so manchen Rechtslehren findet, man wolle die Ehe nur in rechtlicher Hinsicht betrachten, wodurch man sich zur Annahme eines Begriffes der Ehe berechtigt glaubt, wonach sie eine Gesellschaft, bloß zur Befriedigung des Geschlechtstriebes eingegangen, seyn soll. —

Man hüte sich doch, den eigenthümlichsten Charakter der Ehe zu zerstören, und ihr den Concubinat unterzuschieben, indem man sie ohne Rücksicht auf ihre höheren Beziehungen, bloß vom juridischen Standpunkt aufzufassen strebt. *) Wir müssen, wie Fichte bemerkt, uns vor Allem die Natur der Ehe bekannt machen, um dann verständig den Rechtsbegriff darauf anzuwenden. Wie will man denn sonst auch bestimmen, in wie weit überhaupt die Ehe dem Zwange des Begriffes unterworfen werden könne! —

quitur, eo remissiorem esse debeat, ubi tum imbecillitatis ratio concurrit, tum reus aliis non adeo formidolosus est.“ —

*) Consequent wenigstens ist dann freilich der Ausspruch, nur durch positive Satzungen sey der Unterschied zwischen Ehe und Concubinat begründet. —

6.

Nirgends berühren die Extreme sich mehr, als in der Ehe. Das Irdische ist mit dem Himmlischen, das Niedrigste ist mit dem Höchsten friedlich in ihr vermählt. Aber in dieser wechselseitigen Durchdringung der beiden Aeußersten der Menschheit, der höchsten glühendsten Sinnlichkeit, und der heiligsten Regung des Gemüths, in dieser harmonischen Vereinigung aller feindlichen Kräfte, erscheint allein die Menschheit in ihrer höchsten Vollendung. —

Man hat den Charakter der Ehe durchaus verkannt, indem man nur die erste jener beiden Aeußerungen der Menschheit als das Wesentliche derselben ansah, indem man sie als eine Geschlechtsverbindung zur Befriedigung der Sinnlichkeit betrachtete. So definirt z. B. Kant (Metaphys. Anfangsgr. der Rechtslehre) die Ehe als eine Verbindung zweier Personen verschiednen Geschlechts zum wechselseitigen und ausschließlichen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften. — Daß in dieser Hingebung der Person als Mittel zur Befriedigung der Sinnlichkeit eine Herabwürdigung der menschlichen Natur liege, sah Kant wohl. Zwar macht — sagt er daher — der zum Genusse sich hingebende sich durch

diese Hingebung zur Sache; indeß ist dies nur unter der einzigen Bedingung möglich, daß, indem die eine Person von der andern gleich als Sache erworben wird, diese gegenseitig wieder jene erwirbt. Denn nur so gewinnt sie wiederum sich selbst, und stellt die verlorne Persönlichkeit wieder her. — Allein mit Recht ist dagegen erinnert worden, daß durch eine solche gegenseitige Hingebung und Annahme zum Besitze die Persönlichkeit Beider, des Mannes wie des Weibes, aufgehoben und vernichtet werden müsse. —

Unvermeidlich werden wir auf Vorstellungen geführt werden, die mit der Würde der menschlichen Natur unvereinbar sind, wenn wir die Ehe als eine bloß juridische Gesellschaft zur Befriedigung des sinnlichen Triebes betrachten. — Aber sie ist auch mehr als das. Sie ist tief in der Natur des Menschen, in dem ursprünglichen Verhältnisse beider Geschlechter gegen einander begründet, und muß daraus auch deducirt werden.

Und das ist es, was Fichte zuerst so schön und wahr gethan hat. *) —

Nach dem ewigen Gesetze, welches sich durch die ganze organische Natur erstreckt, daß nur durch die Trennung der Geschlechter sich die Gat-

*) Vergl. Fichte Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, Th. II. S. 158 u. fg.

tung erzeugen könne, ist auch die Fortpflanzung des Menschengeschlechts durch zwei getrennte Geschlechter bedingt. Was sich in der Natur als Geschlechtstrieb äußert, und worauf die Natur den Zweck der Fortpflanzung gründet, ist der Trieb, der zugleich mit der Trennung und Absonderung der Geschlechter nothwendig entstehen mußte, der Trieb, sich wiederum in der Gattung zu verlieren.

Aber durch die Befriedigung des Geschlechtstriebes kann jene innige Vereinigung mit der Gattung, wonach das Individuum strebt, nicht erreicht werden. Denn es können nach jenem ewigen Naturgesetze der Trennung der Geschlechter wiederum nur Individuen dadurch producirt werden. Darstellung der Individualität und Fortpflanzung der Gattung wird zwar dadurch erreicht, nicht aber Darstellung der vollendeten Menschheit, die nur da vorhanden ist, wo alle Kräfte in harmonischem Einklang vermählt sind, und die Individualität in der Gattung unterging.

Was die Natur nicht erreichen konnte, muß der höhern geistigen Thätigkeit des Menschen selbst zu realisiren möglich seyn. Wenigstens muß dies eine Aufgabe für ihn seyn, das Ziel eines unendlichen Strebens, schon nach dem Gesetze des

selbstthätigen Bildens und Fortschreitens, welches mit der Menschheit eins ist. —

Die höhere Natur des Menschen muß sich hier offenbaren. Er darf sich nicht der Befriedigung des sinnlichen Triebes hingeben, ohne die Würde der Menschheit in sich selbst zu verletzen; er darf sich eben so wenig die Fortpflanzung der Gattung zum Zweck setzen, ohne wiederum die Menschheit in sich zu zernichten, indem er die Selbstthätigkeit seiner Bildung zerstört. Da aber, wo die Menschheit vollendet dargestellt werden soll, müssen beide, Individualität und Gattung in der innigsten Vereinigung und Durchdringung erscheinen. Diese Vereinigung kann nur bewirkt werden durch eine höhere geistige Thätigkeit, durch das Gemüth, welches mit Liebe das ganze Universum umfaßt. Diese höhere geistige Vereinigung selbst aber ist die Ehe. *)

„Liebe — sagt Fichte — ist der innigste Vereinigungspunkt der Natur und der Vernunft; sie ist das einzige Glied, wo die Natur in die Vernunft eingreift; sie ist sonach das Vortrefflichste unter allem Natürlichen." —

„Die Ehe hat keinen Zweck außer ihr selbst, sie ist ihr eigner Zweck. Das eheliche Verhältniß ist die eigentlichste Weise des erwachsenen

*) Vergl. Dresler's öfters angeführte Schrift.

Menschen von beiden Geschlechtern zu existiren. In diesem Verhältnisse erst entwickeln sich alle seine Anlagen; außer demselben bleiben sehr viele, und gerade die merkwürdigsten Seiten der Menschheit unangebaut. So wenig die Existenz des Menschen überhaupt auf irgend einen sinnlichen Zweck zu beziehen ist, so wenig ist es die nothwendige Weise derselben, die Ehe." —

„Die Ehe ist sonach kein erfundner Gebrauch und keine willkürliche Einrichtung; sondern sie ist ein durch Natur und Vernunft in ihrer Vereinigung nothwendig und vollkommen bestimmtes Verhältniß. Sie ist vollkommen bestimmt, d. h. nur eine solche Ehe, wie die beschriebne, und schlechthin keine andre Verbindung beider Geschlechter zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, verstatten Natur und Vernunft." —

7.

Aus einem dreifachen Gesichtspunkte ist also die Geschlechtsverbindung zu betrachten, als Mittel zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, als Mittel zur Fortpflanzung der Gattung, und als höhere innige geistige Vereinigung, die den eigentlichsten Charakter der Ehe constituirt. —

Der Staat würde widerrechtlich und unpo-

litisch handeln, wenn er nicht jede bürgerliche Ehe als einen Versuch zur Darstellung der Ehe in ihrer idealischen Vollendung betrachten wollte. Er würde widerrechtlich handeln, weil die Geschlechtsverbindung zur Befriedigung des sinnlichen Triebes, oder zur Fortpflanzung der Gattung unvereinbar ist mit der Würde der Menschheit. Aber von selbst ergibt es sich, in wie weit die Geschlechtsverbindung überhaupt im Gebiete des Rechts liegen könne. Der Staat hat darüber zu wachen, daß durch die Befriedigung des sinnlichen Triebes Niemandes Rechte verletzt werden, wenn er auch weiter diesen Trieb selber nicht zu beschränken hat. — Er muß ferner die bestehenden Geschlechtsverbindungen seiner Aufsicht unterwerfen, in wie fern die Rechte der Aeltern und Kinder festzusetzen sind; aber auf die eigentliche Ehe, auf den höhern idealen Zweck der Geschlechtsverbindung kann die juridische Ordnung sich nicht erstrecken. Denn jene innige geistige Vereinigung ist nur durch die höhere Natur des Menschen erreichbar, ist überall nur da möglich, wo zwar harmonisch gestimmte Naturen einander begegnen, und sich in ihren geheimsten Tiefen ausfüllend, in ihrer Vereinigung die vollendete Menschheit zurückstralen. —

Aber der Staat würde auch unpolitisch handeln, der die Geschlechtsverbindung unter einem

andern Gesichtspunkte, als dem der Ehe sanktioniren wollte. Wenn die Heilighaltung derselben ihm äußerst wichtig seyn muß, so darf er sie nicht selbst von dem heiligen Schimmer entkleiden, der sie im Gemüth des reinen und unverdorbnen Menschen umstrahlt. Was aber thut er anders, als daß er sie für ein bloß bürgerliches Institut erklärt, wenn er den Zwang des Begriffes auf sie auszudehnen bemüht ist? —

8.

Was also von Gesetzen wider den Ehebruch zu halten sey? — Leicht ist diese Frage nunmehr zu beantworten. — Sie erscheinen als völlig sinnlos, als widerrechtlich, indem es ihnen an den formalen Bedingungen der Rechtsgiltigkeit fehlt, als durchaus unpolitisch endlich. Wie kann der Staat etwas durch Zwang erhalten, was nur durch die höhere Freiheit erreichbar ist, und wie dürfte er es, wenn er es auch vermögte? — In jeder künftigen Strafgesetzgebung, in jedem künftigen Systeme der Strafrechtswissenschaft dürfte daher der Ehebruch nicht mehr unter der Reihe der strafbaren Handlungen aufgeführt werden.

den. *) — Selbst als Policeistrafe betrachtet, scheint keine Strafsanction von Seiten des Staates wider den Ehebruch gerechtfertigt werden zu können. Denn der Staat ist nicht Sittenrichter, er kann, er soll es nicht seyn. — Warum verwechselt man überhaupt die Sitte mit dem Sittlichen? — Sittlich ist nur das, was rein aus dem Lebendigen im Menschen ausging, und äußerlich mit Freiheit dargestellt wird. — Darum aber kümmert man sich nicht, man will nur die Sitte beobachtet wissen, die Konvenienz und die Regeln des sogenannten Anstands heiligten. — Nur das Aergerniß soll vermieden werden! —

Die Ehe wird nur vor dem Forum der Re-

*) Darum sagt schon unser Grolmann (K. R. W. § 385, Note e): „So wichtig dem Staate das Institut (?) der Ehe immerhin seyn muß, so darf er doch die Natur desselben nicht so sehr verkennen, daß er die Aufrechthaltung ehelicher Treue von der aus dem bürgerlichen Strafkodex ausgehenden Furcht erwarten oder vergessen könnte, daß dem in dem Beischlafe mit andern sich sinnlich äußernden Ehebruche, der wahre Ehebruch — Entziehung der Liebe, welche keine Strafgesetze erhalten können — nothwendig vorausgegangen seyn müsse. Nur in policeilicher Hinsicht bleibt daher eine Strafbarkeit des Ehebruchs übrig" — In Ansehung dieses letzten Punktes kann ich freilich nicht mit Grolmann übereinstimmen. —

ligion geschlossen, und ist daher auch nur als religiöse Gesellschaft zu betrachten. Die katholische Kirche hat dies schön durch ein Symbol angedeutet, indem sie die Ehe zum Sakrament erhob. Nur eine religiöse Strafbarkeit des Ehebruchs bleibt daher allein übrig. In wie fern aber die Kirche durch Strafen, als Symbole der verletzten innern Würde, hier wirken dürfe und könne, dies zu untersuchen, liegt außer den Grenzen dieses Versuches.

Den Staat aber, der die Ehe überhaupt nur als Naturphänomen zu betrachten hat, darf der Ehebruch weiter nicht kümmern, als die bürgerlichen Rechte der auf immer durch ihn getrennten Gatten und der Kinder zu bestimmen und zu sichern sind. —

9.

Zwar wird der Ehebruch nicht auf jeder Stufe der Kultur und unter allen Himmelsstrichen für strafbar gehalten und bestraft. Im äußersten Süden, wie im Norden gibt es Völker, die gastfrei dem Fremden die Umarmungen ihrer Weiber aufdringen; und wiederum unter den überverfeinerten Ständen der europäischen Reiche gebietet die Sitte den Gatten, wechselsei-

tig einer des andern Verirrungen mit höchster Toleranz zu ertragen. — Hier, wie überall, berühren sich die Extreme. —

Aber unter allen Völkern, die sich der finstersten Barbarei entrafft, und die ersten Stufen der Kultur erstiegen hatten, hielt man von jeher den Ehebruch für ein höchst strafbares Verbrechen. Bei den Aegyptern ward der im Ehebruch Ergriffne mit Ruthen gezüchtigt, die Verbrecherinn im Gesicht verstümmelt (Procop. lib. 1). Eine noch härtere Strafe enthält die Mosaische Gesetzgebung. Der Tod trifft die Verbrecherinn und ihren Mitschuldigen, wenn sie des Verbrechens überwiesen wird. — Traf sie ein bloßer Verdacht, so wurden alle Schrecken der Religion aufgeboten, um sie zum Geständnisse zu bewegen. Bei dem leisesten Argwohn des Mannes ward sie genöthigt, einen grausenvollen Eid zu schwören, worin sie alle Strafen Jehovas auf sich herabrief, wenn sie sich des Meineids schuldig mache. *) War sie des Verbrechens überwiesen, so wurde sie gesteinigt. —

Bei den griechischen Völkerschaften wurde der Ehebruch fast allgemein mit dem Tode bestraft. Drako's blutige Gesetze kennen beinahe

*) Vergl. Michaelis mosaisches Recht, Th. V. § 263.

keine andre Strafe, als die Todesstrafe. Solon, der ihre Strenge milderte, ließ sie dennoch beim Ehebruch und Todtschlag unverändert. — Zaleukos, der Gesetzgeber der Lokrer, ließ die Ehebrecher blenden. — Auf Creta verband man Geld- und Ehrenstrafen. Der Verbrecher mußte eine Geldbuße zahlen, ward mit einem wollenen Kranze auf dem Haupt ausgestellt, und aller Staatsämter für unfähig erklärt. — Nur Lykurgs Gesetzgebung enthielt und konnte keine Strafen wider den Ehebruch enthalten. In seiner kleinen Nation, die nur Eine Familie bilden sollte, gab es keine Ehen! Der Sparter sollte keine solche Banden kennen, um fester und inniger am Vaterland zu hangen. —

Die Muhamedanische Gesetzgebung erlaubt dem Manne, die Ehebrecherinn in seinem Hause einzusperren, bis der Tod sie hinwegnehme, und ihr die Freiheit gebe. Dies ist die ältere Verordnung des Koran. Eine spätere aber gebietet die Ehebrecherinn zu steinigen. Nur muß sie von vier männlichen Zeugen auf der That selbst ergriffen seyn. *)

---

*) Vergl. Michaelis a. a. O. § 261 und Feuerbach. Die Kriminaljurisprudenz des Koran. Biblioth. für die p. R. W. Th. 2, St. 1, S. 184 u. fg. —

10.

In der ersten Periode des römischen Staats übte der Hausvater eine unumschränkte Gewalt über alle Mitglieder seiner Familie aus. Selbst die Gattinn war kaum mehr als Sklavinn; ihr Leben stand in seiner Hand. Romulus erlaubte ihm, mit Zuziehung der Verwandten, die im Ehebruch Ergriffne oder Ueberwiesene nach eignem Gefallen zu bestrafen, zu tödten, — selbst wenn sie nur Wein getrunken hatte; weil er dies als den ersten Schritt zu unerlaubter Liebe betrachtete. —

Auch in der Folge dauerte dieses strenge Sittengericht, welches der Mann und die nächsten Verwandten der Frau über diese hielten, fort. Immer seltner scheint aber die Todesstrafe beim Ehebruch geworden, und von milderen Strafen verdrängt worden zu seyn. Wenigstens finden sich bei'm Sueton, Tacitus und Livius einzelne Beispiele aufgezeichnet, aus denen man schließen darf, daß Vermögensverlust und Relegation die gewöhnlichen Züchtigungen unkeuscher Gattinnen waren.

Die erste ausdrückliche Poenalsanktion nicht nur gegen das eigentliche Adulterium, sondern auch gegen das Stuprum, Incest, Lenocinium,

und alle Arten der Wollust, gab August in der bekannten Lex Julia. *) Streitig aber ist es unter den Commentatoren des römischen Rechts, welches die Strafen gewesen seyen, die sie dem Ehebruch drohte. **) Die überwiegenden Gründe, aus den Worten des Gesetzes selbst hergenommen, und die meisten historischen Zeugnisse unterstützen die Meinung, daß die Ehebrecherinn, so wie der Mitschuldige, auf eine Insel deportirt wurden, (womit der Verlust des Bürgerrechts verbunden war,) und die Hälfte des gesammten Vermögens verloren. Außerdem gestattete das Julische Gesetz dem beleidigten Vater und Gatten das Recht der Privatrache. Dieser durfte den auf der That und in seiner eignen Wohnung ergriffnen Verbrecher, wenn er eine persona vilis war, ungestraft tödten, aber nicht, wie vor der Lex Julia, die verbrecherische Gattinn. Weiter noch erstreckte sich die Befugniß des Va-

*) Horaz sagt zu ihrem Lobe:

Nullis polluitur casta domus stupris,
Mos et lex maculosum edomuit nefas,
Laudantur simili prole puerperae,
Culpam poena premit comes.

**) Vergl. Kleinschrod Beitr. zur Lehre vom Ehebruch, in dessen Abhandlung a. d. p. R. Th. 2, Nr. X, § 15 u. fg.

ters. Ohne Rücksicht des Standes durfte er an dem auf der That an irgend einem Ort ergriffnen Ehebrecher Rache üben, wenn er zugleich des eignen Kindes nicht schonte. *) —

Nach und nach kam die mildere Strafe der Lex Julia wieder außer Gebrauch. Einzelne Imperatoren, wie Caracalla, Macrinus und Andre bestraften den Ehebruch wieder mit dem Tode, mehr aus Willkür, scheint es, als nach einem festen Gesetz. Aber durch eine Verordnung Constantin's ward die Poenalsanktion der Lex Julia wiederum aufgehoben, und die Strafe des Schwerts der Ehebrecherinn, wie ihrem Mitschuldigen gedroht. **) — Weiter noch gingen Constantin und Constans. Justinian endlich erneuerte Constantin's Verordnung. ***) Nur die Ehebrecherinn soll nicht am Leben gestraft, sondern mit Ruthen gezüchtigt und in ein Kloster verstoßen werden, doch so, daß sie der Gatte binnen zwei Jahren zurückfor-

*) Daß diese Verordnungen über Privatrache auch noch heut zu Tage gelten müssen, und von Karl V. (art. 142 d. P. G. O.) keineswegs eingeschränkt sind, zeigte sehr befriedigend Feuerbach Lehrb. § 383, und nach diesem Salchow § 276.

**) S. const. 30, C. IX. 9.

***) S. Novell. 134, c. 10.

dern, und ohne sich des Lenociniums schuldig zu machen, wieder annehmen könne. Auch Privatstrafen fügte Justinian hinzu. — Jene Schonung des weiblichen Geschlechts hat übrigens Auslegern und Commentatoren Gelegenheit gegeben, ihren Scharfsinn zu üben. Einige glauben, Justinian habe vorzüglich die größere Schwäche des Weibes erwogen, das mehr durch die Lockungen des Verführers hingerissen, oder durch Geschenke verblendet, als aus eignem inneren Trieb sich zum Vergessen der Pflicht verleiten lasse; andere suchen den Grund der Schonung in der eigenthümlichen Beschaffenheit des Verbrechens, bei dessen Ausübung der Mann allein thätig sey, das Weib sich leidend verhalte. *) Andre schreiben diese Milde Theodo-

*) Fr. v. Böhmer glaubt dagegen erinnern zu müssen: Si legislator ad fragilitatem sexus, qua magis blanditiis adulterorum, quam sponte corruptae, peccare creduntur, respexit, vereor, ut rationem elegerit, quae saepissime fallit, et facilius ad minus quam magis frequentia pertinet, quum multae sint ultro procaces, et sollicitent potius viros, quam quae ab his sollicentur, quibus condonare velle vetitae libidinis expletionem inconveniens videtur. — Neque multo dissimilis huic ea ratio, quod in hoc crimine maritus magis agere, foemina autem saltim pati, adeoque levius peccare videatur. Id

ren, Justinians Gemahlinn zu, die im Bewußtseyn ihrer eignen Schwäche Constantins Verordnung zu hart gefunden habe. — Noch andre endlich glauben, nur aus Condescenz gegen die Bischöfe sey Justinian so milde gewesen, die schon damals sich eifrig bemüht hätten, den Ehebruch zu entschuldigen, entweder, wie Beza (tract. de divortiis) meint, oder aus übelverstandner Nachahmung des Heilands, der auch einst eine Ehebrecherinn entschuldigt habe! —

Billig überlassen wir einem Jeden, den der Grund der vorzüglichen Begünstigung des schönen Geschlechts in Justinians Poenalsanktion wider den Ehebruch interessiren kann, die Wahl unter so vielen scharfsinnigen Conjecturen. —

II.

Den alten Germanen ertheilen Cäsar und Tacitus an mehreren Orten das Lob der höchsten Keuschheit und Reinheit der Sitten. „Infra annum vicesimum — sagt Jener — foeminae notitiam habuisse, in turpissimis ha-

enim facilius dicitur, quam concludens ratio esse probatur, imo repugnat reatui, quem vulgo in confusione seminis collocant, quique neminem magis quam personam patientem ferit. —

bent rebus, cujus rei nulla est occultatio, quod et promiscue in fluminibus perluuntur, et pellibus aut parvis rhenonum tegumentis utuntur, magna corporis parte nuda." — Und Tacitus: *) „Severa illic matrimonia nec ullam morum partem magis laudaveris." — „Septa pudicitia agunt, nullis spectaculorum illecebris, nullis conviviorum irritationibus corruptae. Litterarum secreta viri pariter ac feminae ignorant. Paucissima in tam numerosa gente adulteria, quorum poena praesens et maritis permissa. Accisis crinibus nudatam coram propinquis apellit domo maritus, ac per omnem vicum verbere agit. Publicatae enim pudicitiae nulla venia. Non forma, non aetate, non opibus maritum invenerit. Nemo enim illic vitia ridet, nec corrumpere et corrumpi saeculum vocatur." —

Auch hier war also, wie ursprünglich bei den Römern, dem Mann allein die Bestrafung der untreuen Gattinn überlassen. In den nach und nach entstandnen Gesetzsammlungen der germanischen Völkerstämme aber treffen wir häufig nicht nur den Ehebruch, sondern auch alle Arten der Wollust härtern oder gelindern Straf-

*) De M. G. 18. 19.

sanktionen unterworfen, verschieden nach dem verschiednen Charakter der Gesetzsammlungen, wovon sie einen Theil ausmachen. West- und Ostgothische, Burgundische und Longobardische Gesetze, die zwar überall die germanische Abkunft beurkunden, aber eben so sichtbar auch Spuren des römischen Rechts tragen, das sich allmählig mit ihnen amalgamirte, bestrafen den Ehebruch mit beinahe römischer Härte, oft eben so hart. So droht das Edikt Theodorichs dem überführten Ehebrecher unvermeidlichen Tod, selbst den Gehülfen und Mitwissenden. Auch bei den Burgundern scheint die Todesstrafe auf dem Ehebruch gestanden zu haben. Bei Westgothen und Longobarden wurden die Verbrecher in die Gewalt des beleidigten Theils gegeben, und diesem die Art der Strafe überlassen. Auch ihr Vermögen fiel diesem anheim. Eben so ist das Recht der Privatrache mannichfaltig modificirt in diese Gesetzgebungen aus der römischen übergegangen. *)

Milder sind die Strafbestimmungen der übri-

*) Vergl. Leg. Wisigoth. Lib. III. tit. 4. — Leg. Longobard Lib. 1. tit. XXXII. § 2. 7. — Edict. Theodor. c. XXXVIII. und XXXIX. — Leg. Burgund. tit. 52 vergl. mit tit. 68 § 1. 2. — Capitul. Reg. Franc. Lib. VI. c. 431.

gen Gesetze germanischen Ursprungs, die sich reiner von der Einmischung fremder Rechte erhielten. — Nach dem Salischen, Ripuarischen, Bajuarischen, Allmanischen Gesetze sollen die Ehebrecher dem beleidigten Gatten, zuweilen auch dem Richter, eine Geldbuße entrichten, *) eine Art der Strafe, die man auch in neuern Zeiten als sehr zweckmäßig empfohlen hat.

Bei den Sachsen und Friesen, und den ihnen verwandten Völkerstämmen übten der Mann und die Verwandten noch immer fort allein eine strenge Rache an der Verbrecherinn aus. In antiqua saxonia — schreibt Bonifacius an Aethelbald — ubi nulla Christi cognitio, si virgo paternam domum cum adulterio maculaverat, vel si mulier maritata perdito foedere matrimonii adulterium perpetraverit, aliquando cogunt eam, propria manu per laqueum suspensam vitam finire, et super bustum illius incensae et concrematae corruptorem ejus suspendunt: aliquando congregato exercitu foemineo flagellatam eam mulieres per pagos circumquaque ducunt,

*) S. Leg. Salic. tit. XV. § 1. — Leg. Ripuar. tit. 35 § 1. — Leg. Bajuar. tit. VII. c. 1. 10. 12. — Leg. Hamann. tit. 58 § 1. 2 seqq. tit. 33 § 1. tit. 80 § 1 seqq.

virgis caedentes." *) — Andre historische Zeugnisse reden von mehreren eben so harten Strafen. —

In den folgenden Jahrhunderten und das ganze Mittelalter hindurch scheint nur in wenigen Provinzen Deutschlands der Ehebruch mit dem Tode bestraft worden zu seyn. Vielleicht ist keine Strafe mannichfaltiger gewesen in den verschiednen Provinzen Deutschlands, als die dieses Vergehens; am gewöhnlichsten waren wohl die Geldbußen. (Vergl. Böhmer, Meditt. in C. C. C. ad art. 120.) Manche andre Arten von Strafen des Ehebruchs haben uns die Annalisten und Chronikenschreiber des Mittelalters aufbehalten.

Karl V. wiederholte endlich im 120sten Artikel der P. G. O. die Verordnungen Justinians, — die also auch noch jetzt als gemeinrechtlich betrachtet werden müssen. —

12.

Immer muß es also Aufmerksamkeit erregen, und scheint einer Untersuchung werth zu

*) M. s. Notae Sibrandi Siccamae ad Leg. Frisionum (edit. Gaertner) pag. 57.

seyn, welches der Grund aller dieser oft harter und unmenschlicher Strafgesetze wider den Ehebruch bei allen den Völkern sey, die nur die ersten Stufen der Kultur erstiegen haben. — Es scheint nicht, als müsse man, wie Servin z. B. den Gesetzgebern dieser Völker politische Ansichten und Rücksichten unterlegen, welche die Heiligkeit der Ehen als äußerst wichtig für den Staat darstellen, um die Entstehung jener Poenalsanktionen zu erklären. — Vielmehr scheinen sie einzig aus einer einseitigen und irrigen Ansicht der Geschlechtsverbindung hervorgegangen zu seyn, nach welcher das Weib nur als Mittel zur Befriedigung der Wollust des Mannes und zur Fortpflanzung der Gattung, als Sklavinn des Mannes betrachtet wird. Diese Ansicht ist es, welche der mosaischen und muhamedanischen Gesetzgebung, die überhaupt durch Duldung und Billigung der Polygynie Verachtung und Geringschätzung des Weibes aussprechen, zum Grunde liegt. Darum wird nach ihnen das Verbrechen des Ehebruchs nur an dem Mann, dem Gebieter des Weibes, nicht am Weibe vom Ehemann begangen.' — Eben diese Begriffe finden sich in der römischen und deutschen Gesetzgebung wieder. Nur der Mann hatte bei den Römern das Jus thori — bei den Deutschen war eben wohl ursprünglich dem Mann allein die Bestra-

fung des untreuen Weibes überlassen. — Daher endlich das Recht der Privatrache, welches dem Mann allein an dem in der Umarmung mit einem Fremden ergriffenen Weibe, nicht aber diesem gegenseitig zustand. —

Eine würdigere Ansicht der Ehe ward durch den Christianismus verbreitet. Gestützt auf mehrere Stellen des neuen Testaments haben sich Tertullian, Cölestin, Augustin, Lactanz, und mehrere andere Kirchenväter viele Mühe gegeben, zu beweisen, daß auch an der Gattinn der Ehebruch könne begangen werden. *) Sie hätten die Argumente für ihre Behauptung eben so gut aus der Natur der Sache, aus dem innersten Wesen der Ehe hernehmen können. — Ihre Lehren wurden von den Bischöfen befolgt, die unter den Karolingern und in den folgenden Jahrhunderten im ganzen Umfang der Monarchie eine strenge Kirchenzucht ausübten. **) Die Strafen des Ehebruchs und der Unzucht überhaupt, welche sie dictirten, waren übrigens ganz im Geist dieser Vergehungen, Kirchenbußen u. s. w. Symbole der verletzten innern Heiligkeit und Reinheit. — Eben diese Lehren sind auch, wie

*) Vergl. J. H. Böhmer. J. E. Protest, Tom. V. L. V. Tit. 16, § 16. 17.

**) Vergl. Regino de discipl. ecclesiastica.

bekannt, in das kanonische Recht, übergegangen, und denselben Begriff vom Ehebruch legte auch Karl V. seiner Strafsanktion zum Grunde, *) ohne freilich dadurch auf die Ungerechtigkeit und Unzweckmäßigkeit bürgerlicher Strafen des Ehebruchs aufmerksam gemacht zu werden. Ihm, dem sich überall bürgerliche und moralische und religiöse Strafbarkeit ununterscheidbar vermischen, war dies vielmehr ein Bewegungsgrund mehr, die harten Strafen des römischen Rechts in ihrem ganzen Umfang unverändert zu adoptiren, und auf den Ehebrecher auszudehnen. —

13.

In neuern Zeiten, wo lebhafte Untersuchungen im Gebiet der Kriminaljurisprudenz und Kriminalpolitik begannen, hat man laut die Unzweckmäßigkeit und Härte der im römischen Recht festgesetzten und in der P. G. O. wiederholten Strafen wider den Ehebruch getadelt, wenn man auch nicht, vielleicht aus Scheu vor der Sitte, die Anerkennung der gänzlichen Straflosigkeit desselben auszusprechen wagte. — Mit diesem

Ver-

*) S. Kleinschrod's angeführte Abhandlung, § 1 — 6.

Verdammungsurtheil unsrer positiven Gesetzgebung sollte man sich begnügen; ohne es zu versuchen, auf dem Wege der Interpretation sie durch jene gezwungnen und unwahren Deutungen umzuwandeln, wovon sich in den meisten Werken über das gemeine deutsche peinliche Recht nur zu viel Spuren finden. —

Auf einem andern Wege hat Feuerbach es versucht, das Ansehen des Art. 120 der P. G. O. Karls V. zu zerstören. Er war der Erste, der (in der 2ten Ausgabe seines Lehrbuchs) die Verordnungen der Reichspolizeiordnungen vom Jahr 1548 tit. 25 § 2, und vom Jahr 1577 tit. 26 § 2 aus der Vergessenheit hervorzog. —

„Dieweil auch viel leichtfertige Personen — heißt es darin — außerhalb von Gott aufgesetzter Ehe zusammen wohnen, so ordnen und wollen wir, daß eine geistliche und weltliche Obrigkeit ein billiges Einsehen haben, damit solch öffentlich Laster der Gebühr nach ernstlich gestraft und nicht geduldet werde. — Und nachdem zu Zeiten Personen ehelichen Standes einander verlassen, und mit andern leichtfertigen Personen in öffentlichem Ehebruch sitzen, welches von den Obrigkeiten gestattet, wodurch der Allmächtig — hoch beleidigt, auch zu vielen Aergernussen Ursach gibt; so gebieten wir hiermit ernstlich, daß solche öffentliche Ehebruch und andre

leichtfertige und unziemliche Beiwohnungen hinführo mit nichten gestattet, oder gelitten, sondern von der Obrigkeit ernstlich an Leib oder Gut, nach Gestalt und Gelegenheit der Personen und der Verwirkung gestraft werden soll." —

Durch diese Verordnungen glaubt Feuerbach, sey der Art. 120 d. P. G. O. aufgehoben, und die Bestrafung des Ehebruchs also der Willkür des Richters überlassen. —

Allein viele nicht unwichtige Gründe scheinen der angenommnen Auslegung der angeführten Stellen der R. P. O. entgegen zu stehen.

Neuer ausdrücklicher Strafsanktionen wider „den Ehebruch und andre leichtfertige und unziemliche Beiwohnungen" bedurfte es nicht, da sie im recipirten römischen Recht und in der peinlichen Gerichtsordnung schon vorhanden waren. Diese wollten die Verfasser der R. P. O. auch nicht geben. Sie zürnen nur der Nachsicht der Obrigkeiten, welche die bestehenden Gesetze unangewendet ließen, und das öffentliche Aergerniß nicht berücksichtigten. Dieses ist überhaupt das, was sie in Eifer setzt. Darum reden sie überall nur von öffentlichem Ehebruch. Dazu ist es ihnen schon genug, wenn „Personen ehelichen Standes einander verlassen" und mit andern zusammen wohnen. Vom eigentlichen Ehebruch, der nach dem juridischen Begriff nur durch den

Beischlaf vollzogen wird, ist überhaupt nicht die Rede darin. Ueberall auch keine Spur von einem korrektorischen Gesetze. — Sie wollten mit einem Wort kein Strafgesetz geben, sondern nur eine Mahnung, ein Mandat an nachsichtige Richter, durch deren Saumseligkeit öffentliches Aergerniß entstehen, und der Zorn des Allmächtigen herabgezogen werden mußte. —

Will man aus den letzten Worten, die nur beispielsweise dazustehen scheinen, eine Norm für die Bestrafung der Unzucht hernehmen: so müssen sie doch auf das, was hier Ehebruch genannt wird, beschränkt werden. —

14.

Aeltere Kriminalisten haben vorzüglich auf dem Wege der Interpretation die Dispositionen des römischen Rechts ihres Ansehens zu berauben gesucht, deren Anwendung sie von so vielen Bedingungen abhängig machten, und die zu mildern sie so viel hundert Gründe mit der größten Anstrengung ersonnen, daß kaum ein Fall gedenkbar ist, der eine unbedingte Anwendung derselben zuließe. —

So hat man zum Beispiel zur Consummation des Ehebruchs die Einlassung des Sa-

mens erfodert. Vergebens haben Matthäus *) Böhmer, **) Wernher ***) und Andre eine

*) De Crim. h. t. c. 2: „— — Exempli gratia: Cubile alienum ingressus est, posuit vestimenta, conscendit alterius thorum, concussit: vel cum prostravisset alterius uxorem, et jam jam irriturus esset, superveniente marito, aut quocunque alio, perficere scelus impeditus est, quid dicamus? — Utique imperfectum scelus est, si tantum intraverit, si posuerit vestimenta; si conscenderit thorum: sed si etiam concutere coeperit, meo judicio stulta foret clementia, huic poenam capitalem velle remittere, cum ipsa concussio polluat, ideoque pro perfecto scelere habenda sit.“ —

**) Obs. ad Carpzov. Qu. 61 obs. 1: „Mihi consummatio in carnali copula, quam sola conjunctio membrorum genitalium conficit, quaerenda, et sic attentatum tam diu adesse videtur, quamdiu ad hanc nondum perventum. Non enim video, cur copulae carnalis appellatio convenire non possit ei, qui pudenda pudendis junxit, vere concutere coepit foeminam, licet semen nondum immiserit.“ —

***) Obs. P. 1 Nro. 47. „— Formale adulterii in violatione thori conjugalis, h. e. in copula carnali cum alio praeter conjugem consistit, et uxor una caro cum marito esse desiit, quam primum se ad aliam carnem adjungit, quod non minus fieri existimo per simplicem concubitum quam consumma-

Erfindung zu widerlegen gesucht, die man mit keinem Gesetze zu unterstützen vermochte, und die der Natur der Sache nach die stärksten Gründe wider sich, keinen einzigen für sich hat.

Wenn nach dem römischen Recht die Strafbarkeit des Ehebruchs vorzüglich aus der Violatio thori abgeleitet wurde, und daher an der Frau das Verbrechen des Ehebruchs nicht begangen werden konnte, weil ihr das Jus thori nicht zustand; und wenn das kanonische Recht in seinem Begriff vom Ehebruch vom Gesichtspunkt der religiösen Heiligkeit der Ehe ausgeht, und das Wesen derselben in die Verletzung der gelobten Treue setzt: so kann nach römischem so wenig als nach kanonischem Recht die Einlassung des Samens als ein Erforderniß zum Thatbestand des Verbrechens angesehen werden. Wollte man auch nach Grundsätzen des römischen Rechts die Strafbarkeit desselben zugleich in der dadurch veranlaßten incertitudo partus suchen, und diese Grundsätze noch jetzt für anwendbar erklären: so müßte man doch, wie schon Böhmer irgendwo bemerkt, um konsequent zu seyn, nicht bloß die Einlassung des Samens, sondern auch

tum. Commixtio seminum magnitudini perfidiae, quae contra partem essentialem pacti matrimonialis admissa est, nihil quicquam addit vel detrahit." —

die Empfängniß zum Thatbestand des Delicts erfordern.

Nur das Bestreben, die Zahl der Fälle, wo die im römischen Recht festgesetzte und in der P. G. O. wiederholte Strafe angewandt werden könnte, zu vermindern, hat eine Idee erzeugt, gegen die sich das sittliche Gefühl empört, und die nur durch die roheste, materielleste Ansicht der Ehe gerechtfertigt werden kann. — Wie sehr diese dem würdigern Begriff der Ehe, der im kanonischen Recht angenommen ist, widerspreche, bedarf keiner Erinnerung. Und warum war man denn so inkonsequent, nur da allein, wo von den privatrechtlichen Folgen des Ehebruchs die Rede ist, die Einlassung des Samens nicht zur Consummation des Verbrechens zu erfodern. —

Mögte bald aus den Lehrbüchern des peinlichen Rechts eine Idee verschwinden, die sich nur durch die Aussprüche eines Carpzov und die Auctorität der Praxis unterstützen läßt, und die die Aussprüche der Vernunft und der Gesetze wider sich hat, damit man nicht mehr die empörenden Obscönitäten antreffe, womit sie Jahrhunderte lang die Akten, die über die Untersuchung dieses Delicts geführt wurden, angefüllt hat! —

15.

Legion ist die Zahl der speciellen Gründe, die mit Kriminalistenwitz zur Milderung der dem Ehebruch gedrohten Strafen ersonnen worden sind. — Sie stammen meist aus einer Zeit her, wo das Wesen der juridischen Imputation noch durchaus verborgen war, und wo man dem Richter vergönnen zu dürfen glaubte, aus seiner Sphäre herauszutreten, und die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen. Aber wie wenig empfehlen sich die meisten derselben auch in dieser Hinsicht. Sie erscheinen durchaus als ungeschickt, um zu Momenten bei Bestimmung einer arbiträren Strafe des Ehebruchs zu dienen. Nur wer die niedrigste und wegwerfendste Meinung hegt von der Ehe und der Würde des Menschen überhaupt, wird sie als solche anerkennen mögen. —

In das verworrene Chaos dieser auf einander gethürmten Mitigantien haben erst neuere Kriminalisten Licht und Ordnung zu bringen gesucht. Leyser ordnet die einzelnen unter zwei Hauptmilderungsgründe, die theils in der erhöhten Schwäche der menschlichen Natur, theils in der Begünstigung der Ehe überhaupt und des beleidigten Ehegatten insbesondre ihren Grund haben sollen. *) —

*) Vergl. Böhmer Meditt. in C. C. C. ad art. 120 §9.

In dieser letztern Klasse zeichnet sich vorzüglich die Verzeihung und Verwendung des unschuldigen Gatten aus.

In der Anerkennung eines solchen Milderungsgrundes aber scheint eine offenbare Ungereimtheit zu liegen. — Hält man es nehmlich dem Rechte und der Politik für angemessen, die Bestrafung des untreuen Gatten in die Willkür des unschuldigen Theils zu stellen, und fordert man seine Anklage zur Anstellung des Kriminalprocesses: so kann natürlich von Verwendung und Verzeihung desselben als bloßen Milderungsgrund der Strafe nicht die Rede seyn, da sie vielmehr alle Strafbarkeit aufheben. Nach gemeinem deutschen peinlichen Rechte ist dem Richter die Untersuchung und Bestrafung des Ehebruchs von Amtswegen nicht vergönnt. — Aber auch da, wo die Gesetze dem Richter gebieten, unaufgefordert gegen die Schuldigen zu verfahren, kann man nicht, ohne sich selbst zu widersprechen, der Verwendung und Verzeihung des gekränkten Gatten auch nur den geringsten Einfluß selbst auf die Milderung der Strafe einräumen. Denn würde nicht dadurch die Verordnung, die dem Richter von Amtswegen zu verfahren gebietet, so gut als aufgehoben! —

Alle Kriminalisten beinahe behaupten, daß dieser Milderungsgrund schon in römischen Ge-

setzen gegründet sey. *) — Allein nach dem ältern römischen Rechte wurde der unschuldige Gatte durch jede Art der Konvenienz bekanntlich des Lenocinium's schuldig; und wie wenig aus der Nov. 134 c. 10 ein solcher Milderungsgrund abgeleitet werden könne, hat schon Gribner **) dargethan, und bedarf überhaupt wohl für den, der jene Gesetzstelle genau prüfen und erwägen will, keines Beweises. —

Nicht zufrieden mit einer ausdrücklichen Verzeihung reden die Kriminalisten auch noch von einer zu vermuthenden, die dadurch begründet werden soll, daß der unschuldige Gatte, nachdem er den Ehebruch erfuhr, oder auch nur argwohnte, mit dem Schuldigen den Beischlaf vollzog, — Ja es ist auch noch eine fingirte Verzeihung hinzugekommen, die aus dem Tode des unschuldigen Gatten, oder aus seinem Ungehorsam vor Gericht hervorgehen soll! — So lehrt z. B. Böhmer in seinen Meditationen zum 120sten Artikel der P. G. O. § 12! — Daß eben so wenig Einwilligung in den Ehebruch und Compensation Momente für die Bestimmung des Strafgrades seyn können, braucht nicht erwiesen

*) Vergl. Böhmer ad Carpzov. Qu. 55, obs. 1. —

**) De intercessione conjugum in delictis carnis, inprimis in bigamiae crimine. Pos. 13 —

zu werden. Von ihnen als Milderungsgründen zu reden, ist um so unvernünftiger, da ein bestimmtes Gesetz die Strafe des Ehebruchs ausgesprochen hat, und keine Momente vom Gesetzgeber angegeben sind, wonach sie in der Anwendung abgestuft werden solle. —

Empörend zum Theil sind die in der andern Klasse aufgestellten Milderungsgründe: Abwesenheit des Ehegatten — Haß gegen ihn — Impotenz oder Alter desselben — Desertion — lange Verweigerung der ehelichen Pflicht u. s. w. Nur Kriminalisten, die in der Ehe einzig das legale Mittel der Befriedigung der rohesten Sinnlichkeit wahrnehmen, die von etwas höherem keine Ahnung haben, denen alle Weiber nur für Hetären gelten, konnten solche Milderungsgründe erfinden, gegen die sich das sittliche Gefühl empört. — Man hat sich in ein eben so lächerliches als widerliches Detail verirrt; man hat zu bestimmen gesucht, wie lange die Abwesenheit dauern müsse, welche die Strafe des schuldigen Gatten mildern könne. *) Warum suchte man nicht auch nach der Verschiedenheit des Alters, des Geschlechts, der Konstitution, des Temperaments, die Dauer der Zeit zu bestimmen, binnen welcher Enthaltsamkeit vom physischen Genusse gefordert und erwartet werden könne!! —

*) Vgl. Böhmer ad Carpzov. Qu. 58 obs. 1.

Und welche Begriffe von Imputation muß man bei den Erfindern dieser Milderungsgründe voraussetzen, um sie in einer andern Hinsicht einigermaßen rechtfertigen zu können. — —

16.

Drohen die Gesetze auch dem culposen Ehebruch die Strafe des Adulteriums? —

Gestützt auf Novella 117 c. 11 haben Mehrere diese Frage bejahen zu müssen geglaubt. Allein schwerlich mögte sich aus dieser Gesetzstelle ein Beweis für jene Behauptung führen lassen. — Justinian setzt darin die Bedingungen fest, unter welchen die Weiber der Soldaten, deren Männer aus dem Felde nicht zurückgekehrt sind, befugt seyn sollen, eine zweite Ehe einzugehen. „— Si qua — heißt es darin — ex hujusmodi mulieribus suum maritum audierit esse mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias sinimus, nisi prius accesserit mulier aut per se, aut per suos parentes, aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri chartularios etc. — Si autem praeter hanc observationem mulier praesumpserit, ad aliud venire matrimonium: et ipsa et qui ducit eam uxorem, velut adulteri puniantur.“ —

Wenn Justinian den Ungehorsam gegen dieses specielle Gesetz, wodurch Bigamien möglichst vorgebeugt werden sollte, mit der Strafe des Adulterium's belegt wissen will: so berechtigt uns dies noch keineswegs zu der Folgerung, daß in allen Fällen eines culposen Ehebruchs, dessen Umstände von denen in der Nov. 117 angeführten durchaus verschieden sind, und die deshalb in der Sanktion dieses Gesetzes auch nicht stillschweigend mit begriffen seyn können, die Strafe des Ehebruchs angewandt werden könne und müsse. — Ueberhaupt aber wird durch die angeführte Novelle von der an andern Orten deutlich ausgesprochnen Bestimmung der Gesetze, daß zum Adulterium Dolus erfodert werde, im geringsten nicht eine Ausnahme begründet; denn die Weiber der Soldaten, die wider die ausdrückliche Verordnung der Gesetze, ohne die vorgeschriebnen Formen und Fristen zu beobachten, eine zweite Ehe eingehen, begehen nicht sowohl ein culposes als ein doloses Adulterium, da es für sie keine juridische Gewißheit von dem Tode ihrer ersten Männer geben kann, ehe sie nicht alle jene Formen beobachtet, jene Fristen abgewartet haben, deren Vernachläßigung gerade einen hohen Grad des Dolus begründet.

Die Regel, daß zum Begriff des Adulteriums der Dolus erfordert werde, liegt in meh-

reren Gesetzstellen, die keiner Erläuterung bedürfen, klar vor Augen. Man sehe nur das Fr. 12 D XLVIII. 5: „Haec verba legis: Ne quis posthac stuprum, adulterium facito sciens, dolo malo — et ad eum qui suasit, et ad eum qui stuprum vel adulterium intulit pertinent.“ — Eben so deutlich ist das Fr. 43 eodem: „Si ex lege repudium missum non sit, et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit: idque Salvius Julianus respondit, quia adulterium sine dolo malo non committitur.“ (cf. const. 30 § 1 C. IX. 9). *)

Der culpose Ehebruch wird also nicht mit der Strafe des Adulteriums, sondern nur des Stuprums belegt werden können. —

17.

Von jeher haben sich die Kommentatoren der römischen Gesetze über die Frage gestritten, ob durch den Beischlaf mit der Braut eines Andern ein Adulterium begangen werden könne, oder

*) Es ist dies ein Beleg mehr zu v. Almendingens Ausführung, daß das römische Recht nur wenig culpose Delicte kenne. — Siehe dessen Abhandlung über das culpose Verbrechen. —

nicht? — Matthäus, Carpzov, Horprecht und mehrere andre ältere Rechtslehrer haben jene Frage bejahen zu müssen geglaubt. — Andre glaubten, die ganze Streitfrage durch eine angenommne Unterscheidung zwischen sponsalibus de praesente und de futuro auflösen zu können. Neuere Kriminalisten haben sie geradezu verneint.

Den Stoff zu dieser Controvers gab das bekannte Fr. 13 § 3 D XLVIII. 5: „Divi Severus et Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa hoc idem vindicandum; quia neque matrimonium qualecunque nec spem matrimonii fallere permittitur." — Und der § 8 desselben Fragments: „Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit, coeperitque esse uxor: non poterit jure viri accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commiserit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto Divi Severi, quod supra relatum est." —

Gestützt auf diese beiden Stellen hat man vorzüglich die bejahende Meinung zu vertheidigen gesucht. Der würdige Kleinschrod *) glaubte, die entgegengesetzte Meinung vertheidigen zu dürfen, indem er die Worte: „hoc idem vindicandum" in dem angeführten § 3 des Fr.

*) In der oft angeführten Abhandlung § 10.

13 mit den Worten des § 2: „Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit; quamvis si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur“ in Verbindung setzt und das „hoc idem“ nun nicht auf adulterium, sondern auf stuprum bezieht. — Allein schon der einsichtsvolle Recensent in der Grolmannschen Bibliothek für die p. R. W. (Th. 1, St. 2, S. 228 u. fg.) hat das Gezwungene dieser Erklärung bemerkt, indem das „hoc idem vindicandum“ nicht auf das Hauptwort adulterium im vorhergehenden Paragraph, sondern auf das nur in Parenthese vorkommende stuprum bezogen werden soll, da doch, wie es der Zusammenhang der ganzen Stelle ergibt, Alpion in einer fortlaufenden Reihe von Paragraphen die Fälle aufzählen will, in welcher das Adulterium gerichtlich verfolgt werden könne. — Deshalb aber braucht man noch nicht zur bejahenden Meinung überzutreten; denn alle Schwierigkeiten sind, wie schon Feuerbach in der Recension der Kleinschrodschen Abhandlungen (A. L. Z. 1800 Nro. 45) bemerkt hat, glücklich gehoben und aufgelöst, wenn man nur das Wort adulterium, worauf das „hoc idem“ in dem angeführten § 3 allerdings bezogen werden muß, in dem weitern Sinn nimmt, in welchem es uns in mehreren Gesetzstellen aufbehalten ist.

wo es auch das stuprum mit unter sich begreift. *) In dieser weitern Bedeutung ist das Adulterium z. B. in dem Fr. 7 pr. D. lit. genommen, wo es heißt: „Qui pupillam suam duxit uxorem contra senatusconsultum, nec matrimonium est, et potest adulterii accusari etc." so wie in dem Fr. 11 § 1 D ibid. „Militem qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterii poena teneri, rectius dicetur." —

Auf der andern Seite hat man aus dem Fr. 11 § 7 ibidem einen direkten Beweis führen wollen, daß der Beischlaf mit der Braut eines Andern nicht als Ehebruch bestraft worden sey. Die Worte dieses Fragments sind folgende: „Quaerebatur an jure mariti possit accusare vir eam foeminam, quae quum ei disponsata fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita? Respondit: Novam rem instituere hujusmodi accusatorem existimo, qui adulterii objicere crimen desiderat propter hoc

*) Im Allgemeinen sagt dies schon Fr. 6 § 1 D ht: „Lex stuprum et adulterium promiscue appellant." — Fr. 101 D L. 16: "Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed Lex Julia de adülteriis hoc verbo indifferenter utitur."

hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella, a patre in matrimonium alii fuerit tradita.“ —

Allein hier ist nicht von einem unrechtmäßigen Beischlaf die Rede. Daß es dem Vater nach römischem Recht freistand, die Sponsalien seiner noch nicht emancipirten Tochter aufzulösen, beweist deutlich das Fr. 10 D XXXIII. 1: („In potestate manente filia, pater sponso nuncium remittere potest, et sponsalia dissolvere,“) das also die Beweiskraft des angezognen Fr. 11 § 7 gänzlich zerstören muß. —

Indeß bedarf es auch für die verneinende Beantwortung dieser Streitfrage keiner directen Beweise weiter, da sich aus den oben angezognen Gesetzstellen die weitere Bedeutung des Wortes Adulterium hinlänglich ergibt.

Ein sogenanntes Quasiadulterium gibt es also nicht. Weder von Braut oder Bräutigam, noch an ihnen kann ein Ehebruch begangen werden.

18.

Darf der Richter von Amtswegen wider den ehebrecherischen Gatten verfahren und ihn bestrafen? —

Man kann die Frage in politischer und rechtlicher Hinsicht nach unsren positiven Gesetzen be-

urtheilen. Gewiß kann man, die Rechtmäßigkeit bürgerlicher Strafen wider den Ehebruch vorausgesetzt, Constantins Verordnung in der const. 30 C. IX. 9, der nur den Mann und die nächsten Anverwandten zur Anklage des Ehebruchs zuläßt, und alle Extraneos ausschließt, so wie die Gründe, die er von dieser Disposition angibt, *) im Allgemeinen nur billigen. Es ist dem Staat zu wichtig, daß sich nicht jeder Fremde in das innere Heiligthum der Häuser und der Ehen eindränge, und den Frieden und das Glück der Familien störe. — Wenn daher auch der Staat sich befugt und verbunden glaubt, bürgerliche Strafgesetze wider den Ehebruch zu geben: so wird er doch dadurch, daß er ihre Anwendung in die Macht und Willkür des nach der gewöhnlichen Ansicht der Ehe zunächst Beleidig-

*) „Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur; tamen ne volentibus temere liceat foedare connubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patri, nec non patruo et avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit. — — Extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus; nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt, et falsis contumeliis matrimonia deformant.“ —

ten gibt, sie wiederum unwirksam machen müssen, und dadurch zugleich ein beschämendes Selbstgeständniß auch von der Unzweckmäßigkeit derselben ablegen. Alle neuere Gesetzgeber haben es gefühlt, wie nothwendig und wichtig es sey, dem Bürger innerhalb seines Hauses und seiner Familie eine Sphäre der freien Wirksamkeit zu lassen. Auch die neueste französische Gesetzgebung zeichnet sich in dieser Hinsicht besonders aus. —

Betrachten wir die aufgestellte Frage nach unsern positiven Gesetzen, so zwingen uns auch diese nicht, sie zu bejahen. Auch Karl V. hat die politischen Rücksichten, die in der Constitution Constantins angedeutet sind, nicht vernachlässigt. Deutlich beschränkt der 120ste Art. der P. G. O. die Zuerkennung der Strafe auf die vorhergegangne Anklage des Mannes oder der Frau. Es ist eine ausdrückliche Verordnung, nicht bloß eine stillschweigende Beziehung auf das römische Recht. —

Entgegen zu stehen scheinen die oben angeführten Stellen der Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577, worin geistliche und weltliche Obrigkeit zur Bestrafung des öffentlichen Ehebruchs aufgemuntert und ernstlich aufgefordert werden. *) Allein wie schon oben dargethan

*) Grolmann (C. R. W. § 385) sieht in diesen

worden, ist in diesen Stellen nicht vom eigentlichen Ehebruch durch Beischlaf, sondern nur von öffentlichem Zusammenwohnen die Rede, woraus der Verdacht eines wirklichen Ehebruchs hervorgeht, und öffentliches Aergerniß gegeben wird.

19.

Unter den privatrechtlichen Folgen des Ehebruchs ist in der Nov. 117 c. 9 auch verordnet worden, daß die ehebrecherische Gattinn die dos und die donatio propter nuptias verlieren, und daß diese dem Mann anheim fallen sollten. Scheinbar wird diese Verordnung in der Nov. 134 c. 10 wiederum aufgehoben. Nach dieser Novelle nehmlich soll die Ehebrecherinn nichts verlieren, wenn eine Versöhnung zwischen ihr und ihrem Mann erfolgt. Unterbleibt diese aber, so sollen ihre Güter zwischen ihren Descendenten, Ascendenten, und dem Kloster getheilt werden, oder diesem allein zufallen, wo jene fehlen.

Allein schon Matthäus hat befriedigend gezeigt, daß der Verlust des Heirathsguts und

Stellen vielmehr eine Beschränkung der richterlichen Wirksamkeit, nehmlich auf den Fall des erregten öffentlichen Aufsehens und gegebnen Aergernisses. —

der Wiederlage durch das angeführte Kapitel der 134sten Novelle keinesweges aufgehoben sey. Denn wenn auch Justinian hier verordnet, daß dem Kloster „omnis ejus substantia“ zufallen solle, so fügt er doch gleich selbst hinzu: „ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur.“ — Es ist also nur ein scheinbarer Widerstreit zwischen beiden Gesetzstellen, da unter dem Vermögen der Frau das dem Mann eingebrachte Heirathsgut und die Wiederlage nicht mit begriffen seyn kann, und auch hier namentlich ausgenommen ist. *) — Ganz übereinstimmend mit der Nov. 117 ist auch das cap. 4 X.) de donat. inter virum et uxorem (IV. 20). Zwar spricht Kleinschrod (a. a. O. § 18 u. fg.) dem kanonischen Recht alle Anwendbarkeit in bürgerlichen und peinlichen Sachen ab, sieht ferner den Verlust des Heirathsguts mehr als Strafe der auf irgend eine Art verschuldeten Ehescheidung als des Ehebruchs an, und behauptet daher, daß in katholischen Staaten, wenigstens, wo die Ehen nicht

*) Vergl. Matthaeus de Crim. ad lit. c. 3 n. 2 und die Feuerbach'sche Recension des 2ten Theils der Kleinschrodschen Abhandlung. — A. L. Z. v. 1800, S 356 u. fg.

getrennt würden, jene Verordnungen des römischen Rechts ohne Anwendung bleiben müßten. —

Alle diese und andre nicht stärkere Argumente aber bedürfen hier keiner Widerlegung, die sie in den Recensiionen in der Grolmannschen Bibliothek und in der A. L. Z. bereits gefunden haben.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Henke, Eduard,

Criminalistische Versuche

Berlin 1807

Crim. 128
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394507-0